

(4 décembre 2007)

L'OMISSION LEGISLATIVE
DANS LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE

Rapport
établi pour
la Cour constitutionnelle
de Belgique

par

Michel MELCHIOR
Président de la Cour constitutionnelle
Professeur émérite de l'Université de Liège

et

Claude COURTOY
Référéndaire à la Cour constitutionnelle

I. La découverte de la lacune législative

A. Remarque introductive

1. Contrairement à ce que suggère le questionnaire élaboré par les organisateurs du XIV^{ème} Congrès de la Conférence des Cours constitutionnelles européennes, le présent rapport n'abordera pas le thème général des lacunes ou omissions législatives dans le droit positif belge. Cette matière, qui est nécessairement envisagée dans les ouvrages de « philosophie du droit » ou de « théorie générale du droit », ne présente que peu d'intérêt en Belgique, pour ce qui est des « omissions législatives » jugées contraires à la Constitution par le juge constitutionnel.

En effet, les « lacunes inconstitutionnelles » n'ont pas été traitées, *in abstracto*, par les auteurs de philosophie ou de théorie générale de droit. En réalité, les omissions législatives, les absences de normes normatives ou les insuffisances des normes normatives au regard des impératifs de la Constitution n'ont pas été envisagées, comme telles, par la Constitution ou par la législation organique de la Cour constitutionnelle de Belgique. C'est la Cour elle-même qui, à l'occasion de son contrôle de constitutionnalité des normes législatives, a constaté, dénoncé, censuré l'existence de lacunes législatives, la présence d'absences ou d'insuffisances de législation. Les lacunes **ont été** « découvertes », en quelque sorte, par elle et non par la doctrine. Assurément, ces lacunes ainsi relevées ont fait

l'objet, par après, de nombreux commentaires de la part de la doctrine¹.

¹ Voy. notamment (documentation rassemblée pour les rapporteurs par les services de la Cour) : ALEN, A., « Ongrondwettige lacunes in de wetgeving volgens de rechtspraak van het Arbitragehof », *Liber amicorum Roger Blanpain*, Bruges, Die Keure, 1998, pp. 655-672; DE CONINCK, B., « La répétibilité des frais et honoraires d'avocat : un terreau fertile pour les lacunes législatives », obs. sous C.A. n° 95/2006 du 14 juin 2006, *Journ. trib.*, 2007, pp. 17-18; KIRKPATRICK, J. et NUDELHOC, S., « Les questions préjudicielles sur les violations du principe constitutionnel d'égalité résultant de lacunes de la loi et les rapports entre la Cour de cassation et la Cour d'arbitrage », *Liber amicorum Paul Martens. L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité ?*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 785-812; LUST, S. et POPELIER, P., « Rechtshandhaving door het Arbitragehof en de Raad van State door de uitoefening van de vernietigingsbevoegheid : de positieve en negatieve bijdrage aan de rechtsvorming », *Rechtsk. Weekbl.*, 2001-2002, pp. 1210-1224; MAES, G., « Sancties bij een door het Arbitrahehof vastgestelde ongrondwettige afwezigheid van wetgeving », *ibid.*, 2003-2004, pp. 1201-1209; IDEM, *De afdwingbaarheid van sociale grondrechten*, Anvers, Intersentia, 2003, XXV-523 p.; MESSIAEN, T., « Rechtzetting van een wetgevingslacune », note sous trib. trav. Gand, 17 novembre 1998, *Tijdschr. Gentse Rechtsp.*, 1999, pp. 21-22; POPELIER, P., « De vaststelling door het Arbitragehof van een onrechtmatige lacune in de wetgeving », note sous C.A. n° 116/99 du 10 novembre 1999, *Rechtsk. Weekbl.*, 1999, pp. 376-378; IDEM, « De rechtspraak van het Arbitragehof over lacunes in de wetgeving », *Tijdschr. Bestuursw. en Publiekrecht*, 2005, pp. 284-296; IDEM, « Lacunes in verordenend optreden », note sous Cass., 15 décembre 2003, *Rechtsk. Weekbl.*, 2004-2005, pp. 979-981; IDEM, « Lacunes in de wetgeving : het Hof van Cassatie versus het Arbitragehof », note sous Cass., 28 avril 1999, *Rechtsk. Weekbl.*, 1999-2000, pp. 1134-1136; IDEM, « De beoordeling door het Arbitragehof van het ontbreken van een wettelijke regeling », *ibid.*, 1996-1997, pp. 1249-1252; RENAULD, B., « Lacune législative et devoir de juger », obs. sous trib. trav. Bruxelles 8 février 2006, *J.L.M.B.*, 2006, pp. 635-639; IDEM, « Les illusions de l'égalité ou de 'nivellement par le bas' à la 'lacune' », *Liber amicorum Paul Martens. L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité ?*, op. cit., 2007, pp. 419-437; RIBES, D., « Existe-t-il un droit à la norme ? Contrôle de constitutionnalité et omission législative », *Rev. belge dr. const.*, 1999, pp. 237-274; ROBERT, T., « De kinderbeschermingexceptie : geen lacune, wel discriminerend », note sous C.A. n° 81/2004 du 12 mai 2004, *Rechtsk. Weekbl.*, 2004-2005, pp. 853-856; SCHOLSEM, J.-C., « L'affaire 'Total' : lacune ou pas ? », obs. sous C.A. n° 68/2005 du 13 avril 2005 et sous Cass., 29 juin 2005 (P.04.0482.F), *J.L.M.B.*, 2006, pp. 63-65; IDEM, « Les lacunes législatives : du juge ordinaire au juge constitutionnel », *Liber amicorum Paul Delnoy*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 1099-1110; IDEM, « La Cour d'arbitrage et les 'lacunes législatives' », *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'Etat*, Bruxelles, La Charte, 2006, pp. 213-237; VERLINDEN, V., « Lacunes in de wetgeving : wat doet het Arbitragehof(niet) ? », note sous C.A. n° 134/2003 du 8 octobre 2003, *Rechtsk. Weekbl.*, 2003-2004, pp. 1018-1021; VERIJDT, W., « Universele jurisdictie na de Genocidewet. Invloed van de recente rechtspraak van het Arbitragehof en het Hof van Cassatie », *Chroniques de Droit Public - Publiekrechtelijke Kronieken*, 2006, pp.84-118.

B. Typologie des lacunes

2. Les lacunes législatives inconstitutionnelles ont, en premier lieu, historiquement été constatées dans le contentieux relatif au respect par le législateur du principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination. Elles ont ensuite été constatées ou révélées à propos du respect par le législateur du principe constitutionnel de la légalité, c'est-à-dire du respect de la règle, inscrite dans diverses dispositions constitutionnelles², en vertu de laquelle telle matière ou – du moins – les aspects essentiels de celle-ci doivent être réglés par le législateur lui-même et ne peuvent être délégués à une action normative de l'exécutif.

C. Le principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination

3. La Cour constitutionnelle de Belgique a défini comme suit, de façon répétée, le contenu et la portée des articles 10 et 11 de la Constitution qui sont le siège du principe d'égalité et de non-discrimination, en ce qui concerne, notamment, les normes législatives adoptées par les assemblées démocratiquement élues (qui sont au nombre de sept en Belgique) :

« Les règles constitutionnelles de l'égalité et de la non-discrimination n'excluent pas qu'une différence de traitement soit établie entre des catégories de personnes, pour autant qu'elle repose sur un critère objectif et qu'elle soit raisonnablement justifiée.

² Voy. *infra*, n° 5.

L'existence d'une telle justification doit s'apprécier en tenant compte du but et des effets de la mesure critiquée ainsi que de la nature des principes en cause; le principe d'égalité est violé lorsqu'il est établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

Les articles 10 et 11 de la Constitution ont une portée générale. Ils interdisent toute discrimination, quelle qu'en soit l'origine : les règles constitutionnelles de l'égalité et de la non-discrimination sont applicables à l'égard de tous les droits et de toutes les libertés, en ce compris ceux résultant des conventions internationales liant la Belgique ».

4. Dans le contentieux de l'égalité et de la non-discrimination, la Cour a révélé l'existence de deux types de lacunes : la « lacune simple » où la Cour constate dans la motivation de son arrêt, dans le dispositif de celui-ci ou dans ces deux parties de l'arrêt, l'existence d'une lacune, c'est-à-dire l'absence, contraire à la Constitution, pour certains sujets de droit, d'une règle s'appliquant à des sujets de droit se trouvant dans une situation comparable aux premiers, lesquels sont ainsi « discriminés ». Dans cette hypothèse, la lacune ne provient pas du contenu même de la norme contrôlée, mais de l'absence d'une norme comparable, ce que la Cour précisera par la mention que la lacune ne réside pas dans la norme contrôlée. Il s'agit d'une « lacune simple » ou encore d'une « lacune extrinsèque » à la norme contrôlée.

La première catégorie de lacunes est donc celle où la Cour dit qu'il y a une lacune. Cette affirmation peut se trouver dans la motivation comme dans le dispositif de l'arrêt ou encore dans la motivation et dans le dispositif ; mentionnée

uniquement dans la motivation, elle constituera, la plupart du temps, le soutien nécessaire au dispositif et elle participera par conséquent à celui-ci.

La seconde catégorie de lacunes, dans le contentieux de l'égalité et de la non-discrimination, peut être dénommée « lacune qualifiée » ou « lacune intrinsèque », c'est-à-dire « contenue » dans la norme contrôlée elle-même, en ce que cette norme - et cette norme-là, et donc non une norme comparable - ne s'applique pas à des sujets de droit comparables aux destinataires de la norme, en ce qui concerne l'objet et le contenu de la norme.

Dans cette hypothèse, la Cour déclare, en apercevant la lacune qu'une loi contient, que cette loi viole la Constitution en ce que la loi ne prévoit pas telle ou telle situation particulière. Dans ce cas, la lacune est non seulement localisée, mais en plus la disposition légale qui la renferme est déclarée expressément dans le dispositif de l'arrêt non compatible avec la Constitution, cette non-compatibilité découlant précisément de la lacune et étant limitée à celle-ci. La norme n'est pas censurée dans sa totalité, mais uniquement « en ce qu'elle ne s'applique pas à » telle catégorie de sujets de droit. Elle reste valide en ce qu'elle s'applique aux sujets de droit qu'elle désigne.

D. Le principe constitutionnel de légalité

5. Le principe constitutionnel de légalité est également à l'origine de la constatation de lacunes dans la législation,

d'omissions législatives ou, en d'autres termes, d'insuffisances du contenu de la norme législative.

Le principe constitutionnel de légalité exige que, dans certaines matières prévues expressément dans la Constitution, les normes y relatives, les normes réglementant ces matières, soient contenues dans une loi, au sens formel de ce terme, à savoir une norme adoptée par le pouvoir législatif compétent, selon le cas le pouvoir législatif fédéral, le pouvoir législatif communautaire - au sens belge de cet adjectif - ou le pouvoir législatif régional³.

Les articles de la Constitution qui posent cette exigence sont : l'article 12, alinéa 2, et l'article 14 (*légalité des délits et des peines*), l'article 15 (*inviolabilité du domicile*), l'article 16 (*propriété*), l'article 21, alinéa 2, (*antériorité du mariage civil*), l'article 22 (*respect de la vie privée*), l'article 22bis (*droits de l'enfant*), l'article 23 (*droits économiques, sociaux et culturels*), l'article 24, § 5 (*enseignement*), l'article 26 (*droit de se rassembler*), l'article 29 (*secret des lettres*), l'article 30 (*emploi des langues*) l'article 32 (*droit d'accès aux documents administratifs*), l'article 170 (*impôts*), l'article 172, alinéa 2 (*absence de privilège en matière d'impôts*), l'article 182 (*recrutement de l'armée et droits et obligations des militaires*), l'article 184 (*police*), l'article 186 (*privation des grades des militaires*) et l'article 191 (*étrangers*).

Lorsque le principe de légalité est d'application, il appartient au législateur - et à lui seul - de déterminer les éléments essentiels de la matière réglementée. La Cour vérifie

³ Sur les différents pouvoirs législatifs belges et sur leurs compétences respectives, voy. *infra*, n° 15.

si la norme législative contient ces éléments; les éléments accessoires pouvant être réglés par le pouvoir exécutif.

Ainsi, l'article 24, § 5, de la Constitution porte :

« L'organisation, la reconnaissance ou le subventionnement de l'enseignement par la Communauté sont réglés par la loi ou le décret ».

Dès le 7 mai 1992, la Cour a jugé que « l'article [24], § 5, de la Constitution ne prohibe pas que des délégations soient données à l'Exécutif. Toutefois, ces délégations ne peuvent porter que sur la mise en œuvre de principes arrêtés par le législateur lui-même. A travers elles, l'Exécutif ne saurait combler l'imprécision de ces principes ou affiner une option non suffisamment détaillée »⁴. Ultérieurement, la Cour ne s'est jamais départie de cette jurisprudence ; au contraire, dans de nombreux arrêts, il a été fait recours à cette motivation. La Constitution même fait aujourd'hui référence à ces éléments essentiels depuis la modification de son article 184, intervenue le 30 mars 2001, qui dispose : « L'organisation et les attributions du service de police intégré, structuré à deux niveaux, sont réglées par la loi. Les éléments essentiels du statut des membres du personnel du service de police intégré, structuré à deux niveaux, sont réglés par la loi ».

II. La « lacune simple » et la « lacune qualifiée »

6. Avant de traiter les autres questions que les lacunes législatives suscitent en Belgique, il nous semble utile à la

⁴ C.A. n° 33/1992 du 7 mai 1992, B.5.2.

bonne compréhension de la suite du rapport d'illustrer le propos que nous venons de tenir par quelques exemples tirés de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle.

A. La lacune simple ou la lacune extrinsèque

7. Deux arrêts, rendus tous deux en 1996 alors que la Cour constitutionnelle avait encore pour dénomination Cour d'arbitrage, devaient constituer en Belgique le « déclencheur » de l'intérêt des publicistes pour les lacunes législatives simples ainsi que pour les suites qu'il convenait de leur réserver.

8. Le premier des deux arrêts de 1996 - l'arrêt n° 31/96 du 15 mai 1996 - concernait le personnel des assemblées législatives. Il s'agissait pour la Cour de se prononcer sur la compatibilité, avec le principe d'égalité et de non-discrimination, de l'absence de recours juridictionnel concernant les décisions administratives individuelles relatives aux membres du personnel de ces assemblées, les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat n'ouvrant un recours en annulation qu'à l'encontre des décisions des « autorités administratives ». Faute de pouvoir considérer les assemblées législatives - et leurs organes - comme étant des « autorités administratives », les recours formés contre les décisions relatives aux membres du personnel administratif de ces assemblées se voyaient systématiquement déclarés irrecevables par la haute juridiction administrative.

Dans un arrêt n° 52.156 du 10 mars 1995, le Conseil d'Etat interroge la Cour constitutionnelle sur cette différence de

traitement entre les fonctionnaires, selon qu'ils relèvent ou non d'une assemblée législative. Selon la motivation de l'arrêt qui pose la question préjudicielle et selon la question préjudicielle même, cette différence de traitement aurait trouvé sa source dans l'article 14, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, qui offre à tout intéressé la possibilité d'introduire, devant cette juridiction, un recours en annulation contre « les actes et règlements des diverses autorités administratives ».

La Cour constitutionnelle juge qu'il n'y a pas lieu, malgré la nécessaire autonomie des assemblées législatives, de priver leurs membres du personnel d'un recours en annulation à l'encontre des actes qui leur font grief. La situation est discriminatoire. Il appartient toutefois au législateur de prendre en considération cette autonomie et, le cas échéant, de s'écarter des règles de droit commun pour la censure des actes des assemblées relatifs aux membres de leur personnel. La Cour juge que la discrimination ne provient pas de l'article 14, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, mais « d'une lacune de la législation, à savoir le défaut d'organisation d'un recours en annulation des actes administratifs des assemblées ou de leurs organes ».

Dans le dispositif de l'arrêt, la Cour dit pour droit que la situation est discriminatoire et que « la discrimination ne trouve pas son origine dans l'article 14, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat »⁵.

⁵ Le législateur a comblé cette lacune en 1999 par la modification de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat : désormais peuvent aussi être soumis à la censure du Conseil d'Etat « les actes administratifs des assemblées législatives et de leurs organes » (loi du 25 mai 1999 modifiant les lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, la loi du 5 avril 1955 relative aux traitements des titulaires d'une fonction au Conseil d'Etat, ainsi que le Code judiciaire, art. 2).

9. Le second arrêt de 1996 - l'arrêt n° 36/96 du 6 juin 1996 - concerne la reconnaissance des enfants lorsque la filiation ne résulte pas du mariage. Cette reconnaissance obéit à des règles différentes selon qu'elle émane du père ou de la mère.

La reconnaissance faite par le père doit recueillir le consentement préalable de la mère et également celui de l'enfant si celui-ci a quinze accomplis et n'est pas émancipé. La loi organise une procédure en cas de désaccord des intéressés.

La filiation maternelle est en principe établie lors de la naissance, l'acte de naissance mentionne le nom de la femme qui a accouché. Ce n'est qu'à défaut d'une telle mention que la mère peut être amenée à reconnaître son enfant. Cette hypothèse rarissime ne requiert aucun autre consentement que celui de la femme qui procède à la reconnaissance.

La Cour relève que c'est à bon droit que le Code civil, se méfiant des reconnaissances tardives, soumet la reconnaissance du père au consentement de l'enfant s'il a quinze ans accomplis.

Elle n'aperçoit pas de justification à la différence de traitement entre la reconnaissance du père et celle de la mère, cette différence est donc discriminatoire.

La Cour note que la discrimination n'est pas une conséquence de la disposition du Code civil relative à la reconnaissance d'un enfant par son père, comme il était affirmé dans la question préjudicielle, mais « de l'absence d'une mesure comparable dans les dispositions relatives à l'établissement de la filiation maternelle ».

Dans son dispositif, la Cour, après avoir jugé la différence discriminatoire, précise « l'origine de la discrimination ne réside toutefois pas (dans la disposition relative à la reconnaissance faite par le père) »⁶.

10. Plus récemment, la Cour constitutionnelle a été amenée à traiter de la lacune législative dans le domaine de la récupération des honoraires et frais d'avocat.

Jusqu'à l'arrêt de la Cour de cassation du 2 septembre 2004, les honoraires et frais d'avocat n'étaient, en principe⁷, pas récupérables en Belgique par la partie qui obtenait gain de cause. Ces honoraires et frais ne sont en effet pas repris à l'article 1018 du Code judiciaire, qui énonce les différents dépens auxquels la partie qui succombe est condamnée. En son 6°, cet article prévoit cependant une « indemnité de procédure » qui couvre non pas les honoraires et frais de l'avocat mais certains actes matériels accomplis par l'avocat en sa qualité de mandataire *ad litem*⁸. Le montant forfaitaire, relativement modeste, auquel la partie qui succombe peut, à la demande de l'autre partie, être condamnée pour « indemnité de

⁶ Le législateur a profondément revu l'ensemble des règles qui gouvernent la filiation par la loi du 1er juillet 2006 modifiant les dispositions du Code civil relatives à l'établissement de la filiation et aux effets de celle-ci. L'article 329bis, § 2, du Code civil dispose désormais que la reconnaissance de l'enfant est soumise au consentement du parent à l'égard duquel la filiation est établie ou de la mère si la reconnaissance précède la naissance. Le consentement de l'enfant est requis dès 12 ans accomplis.

⁷ Mettant en œuvre les principes de la directive 2000/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 juin 2000 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, le législateur belge a adopté, le 2 août 2002, la loi concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, qui permet au créancier « de réclamer au débiteur un dédommagement raisonnable pour tous les frais de recouvrement pertinents encourus par suite du retard de paiement » (art. 6). Voy. les nombreuses références citées par G. DE LEVAL, *Eléments de procédure civile*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 456-457. Adde C.A. n° 80/2005 du 27 avril 2005.

⁸ Voy. notamment G. DE LEVAL, *Eléments de procédure civile*, op.cit., n° 341, pp. 458-459 ; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Liège, Faculté de droit, d'économie et de sciences politiques de Liège, 1985, n° 933, p. 590.

procédure » est fixé par le pouvoir exécutif et varie selon les juridictions saisies⁹.

Le 2 septembre 2004, la Cour de cassation juge que les honoraires et frais d'avocat peuvent constituer un élément du dommage lorsqu'ils sont la suite nécessaire de l'inexécution d'une convention¹⁰. Par cet arrêt, la Cour de cassation rompt avec sa jurisprudence¹¹ : elle admet la « répétibilité » des honoraires et frais d'avocat¹².

Cet arrêt retentissant intervient à l'occasion d'un litige portant sur l'inexécution d'une convention. Le principe dégagé concerne donc la matière contractuelle.

L'article 1149 du Code civil impose au débiteur, en cas d'inexécution fautive d'une convention, de réparer intégralement la perte subie par le créancier. Les honoraires et frais d'avocat peuvent faire partie de cette réparation intégrale depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 2 septembre 2004.

Le principe dégagé par la Cour de cassation, le 2 septembre 2004, peut être transposé en matière extracontractuelle : l'auteur d'une faute doit réparation de celle-ci, réparation qui peut comprendre les honoraires et frais d'avocat exposés. Pour que ces sommes puissent être considérées comme partie

⁹ Arrêté royal du 30 novembre 1970 fixant pour l'exécution du Code judiciaire, le tarif des dépens recouvrables.

¹⁰ Cass, 2 septembre 2004, *Pas.*, 2004, n° 345 et les conclusions de M. l'Avocat général HENKES.

¹¹ Voy. les références citées par M. l'Avocat général HENKES.

¹² La doctrine et la jurisprudence belges utilisent le mot « répétibilité » des honoraires d'avocat. Il s'agit d'un mot fondé sur le terme « répétition » pris dans son acception juridique, à savoir « demande en justice de ce qui est dû ». Ce mot, qui vient de France (cf. « frais irrépétibles »), n'y est aujourd'hui plus employé. Le nouveau Code de procédure civile de la France, s'il connaît la chose, ignore le terme « répétibilité » (voy. nouveau Code de procédure civile français, art. 695).

intégrante du dommage, il convient de montrer la faute de celui à qui on les réclame.

Lorsque le demandeur établit le bien-fondé de sa demande, il prouve nécessairement une faute du défendeur. Par contre, lorsque le défendeur parvient à faire rejeter par le juge la prétention du demandeur, il n'en découle pas pour autant que le demandeur a commis une faute. La seule conclusion que l'on peut tirer d'une telle décision de rejet consiste dans le non-établissement du bien-fondé de la demande faite au tribunal.

Le remboursement des honoraires et frais d'avocat dépend donc de l'aptitude à prouver la faute de la partie adverse et, partant, de la qualité de demandeur ou de défendeur de la partie qui obtient gain de cause.

Faute pour le défendeur de démontrer une faute du demandeur, les honoraires d'avocat qu'il a exposés demeurent à sa charge.

Les mêmes principes de la responsabilité sont d'application en matière pénale : la partie civile qui obtient gain de cause montre la faute du prévenu par cela seul que celui-ci est condamné; le prévenu acquitté ne démontre pas la faute de la partie civile.

Plusieurs juridictions interrogent la Cour constitutionnelle sur la compatibilité de ces différences de traitement avec le principe d'égalité et de non-discrimination, objet des articles 10 et 11 de la Constitution, lu ou non en combinaison avec l'article 6.1. de la Convention européenne des droits de l'homme.

La Cour joint les premières questions qui lui sont parvenues et elle statue sur celles-ci dans son arrêt n° 57/2006 du 19 avril 2006¹³.

La Cour constitutionnelle juge qu'il serait erroné de ne considérer les questions posées que sous l'angle du seul droit de la responsabilité. Elles concernent avant tout le droit de s'adresser au juge qui porte aussi bien sur la liberté d'agir en justice que sur la liberté de s'y défendre¹⁴.

L'assistance d'un avocat constitue un élément du procès équitable, garanti par l'article 6.1 de la Convention des droits de l'homme, lorsqu'il apparaît des circonstances de la cause qu'il est douteux que la personne concernée puisse défendre utilement sa propre cause (Cour européenne des droits de l'homme, *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979). De même, le droit d'accès à un juge et le principe de l'égalité des armes impliquent l'obligation de garantir un équilibre entre les parties au procès et d'offrir à chaque partie la possibilité de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son ou à ses adversaires (Cour européenne des droits de l'homme, *Dombo c. Pays-Bas*, 22 septembre 1993; *Oçalan c. Turquie*, 12 mars 2003 ; *Yvon c. France*, 24 avril 2003).

Telle est la perspective dans laquelle la question doit être envisagée.

« C'est au législateur, constate la Cour, qu'il appartient de donner une portée concrète aux principes généraux tels l'accès

¹³ D'autres arrêts, à l'objet semblable ou identique, seront prononcés ultérieurement (C.A. n° 95/2006 du 14 juin 2006 et C.A. n° 16/2007 du 17 janvier 2007).

¹⁴ Voy. S. VELU, « La 'non-répétibilité' des frais et honoraires de conseils est-elle compatible avec les exigences du droit d'accès à un tribunal ? », *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 221-237.

à un juge et l'égalité des armes et de déterminer dans quelle mesure la répétibilité des honoraires et frais d'avocat doit y contribuer ».

Les différences de traitement exposées dans les décisions par lesquelles la Cour constitutionnelle est saisie se justifient au regard des règles qui gouvernent la responsabilité ; elles ne satisfont cependant pas aux exigences du procès équitable et de l'égalité des armes puisque les parties assument inégalement le risque d'un procès.

La Cour constitutionnelle dit pour droit :

« - L'absence de dispositions législatives permettant de mettre les honoraires et frais d'avocat à charge de la partie demanderesse dans une action en responsabilité civile ou de la partie qui succombe violent les articles 10 et 11 de la Constitution¹⁵, combinés avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

- La discrimination ne trouve pas son origine dans les articles 1149, 1382 et 1383 du Code civil »^{16 17}.

¹⁵ Il s'agit des articles qui garantissent le principe d'égalité et de non-discrimination.

¹⁶ Sur l'arrêt n° 57/2006 et sur ceux rendus ultérieurement sur la même question, voy. notamment B. DE CONINCK, « La répétibilité des frais et honoraires d'avocat : une affaire d'Etat ! », note sous C.A. n° 57/2006, *Journ. trib.*, 2006, pp. 287-289 ; IDEM, « Nouvel épisode de la 'saga' répétibilité, en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique », note sous Cass., 5 mai 2006, *ibid.*, 2006, pp. 343-344 ; IDEM, « La répétibilité des frais et honoraires d'avocat : aussi en matière de responsabilité aquilienne », *ibid.*, 2007, pp. 14-15 ; IDEM, « La répétibilité des frais et honoraires d'avocat : un terreau fertile pour les lacunes législatives, note sous C.A. n° 95/2006, *ibid.*, 2007, pp. 17-18 ; D. DESSARD, « Déni de justice et répétibilité des honoraires », note sous Cass. 11 octobre 2006, *J.L.M.B.*, 2007, pp. 817-819 ; L. DONNET, « Un point rapide et un tour d'horizon sur le principe de la répétibilité des frais et honoraires du conseil », *Rev. rég. dr.*, 2006, pp. 16-26 ; F. EVERS, « Discriminatie bij verhaalbaarheid erelonen valt niet meer te ontkennen », *Juristenkr.*, 11 oktober 2006, nr. 135, pp. 2 et 3 ; P. LAMBERT, « La répétibilité des honoraires d'avocat et le secret professionnel », *Liber amicorum Paul Martens. L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité ?*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 353-361 ; G. MARY, « La

B. La lacune qualifiée ou la lacune intrinsèque

11. L'accès à la fonction d'inspecteur de l'enseignement fondamental en Communauté flamande montre une circonstance où la Cour constitutionnelle sanctionne une norme législative en ce qu'elle ne règle pas une situation, c'est-à-dire en ce qu'elle renferme une lacune.

Le 17 juillet 1991, le législateur communautaire flamand procède à une profonde réforme de l'inspection scolaire par son décret¹⁸ relatif à l'inspection et aux services d'encadrement pédagogique¹⁹.

répétibilité des frais et honoraires d'avocat : chronique de jurisprudence », *Journ. trib.*, 2007, pp 2-13; O. MICHIELS et P. MONVILLE, « La répétibilité des frais de défense en matière pénale, oui mais... », *Actualités de droit pénal et de procédure pénale* (sous la direction de A. MASSET), Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 287-314 ; L. MISSON, « Répétibilité des coûts de défense : le projet de loi tel que préparé est-il illicite ? », *Journ. trib.*, 2007, pp. 360-361 ; H. LAMON, « Verhaalbaarheid van de verdedigingskosten een algemeen rechtsbeginsel ? », *Juristenkr.*, 24 mei 2006, nr. 130, p. 12 ; M. LEMAIRE, « Bref aperçu de la jurisprudence en matière de répétibilité d'honoraires et frais d'avocat », *Déontologie : évolutions récentes et applications pratiques*, Liège, éd. du Jeune Barreau, 2006, pp. 138-163 ; N. PEETERS, « Verhaalbaarheid advocatenkosten », note sous C.A. n° 57/2006, *Nieuw Jur. Weekbl.*, 2006, p. 409 ; P. SCHOLLEN et P. VAN ORSHOVEN, « Arbitragehof vraagt wet over verhaalbaarheid erelonen. Advocatenkosten : ook Arbitragehof kijkt naar de wetgever », *Juristenkr.*, 26 april 2006, nr 128, p. 1 et p.13.

¹⁷ Le législateur a comblé la lacune ainsi décelée en adoptant la loi du 21 avril 2007 relative à la répétibilité des honoraires et frais d'avocat (*Moniteur belge*, 31 mai 2007, p. 29541). La Cour constitutionnelle a été saisie d'un recours en annulation dirigé contre cette loi. Ce recours est actuellement pendant (rôle n° 4313).

¹⁸ Rappelons qu'en Belgique, le décret n'est pas une norme émanant du pouvoir exécutif, mais qu'il est le nom donné aux lois régionales ou communautaires, ce dernier adjectif étant pris, lui aussi, dans son acception belge (*infra*, n° 15).

¹⁹ Publié au *Moniteur belge* du 31 août 1991, p. 18949 et suiv. Le *Moniteur belge* est le journal officiel de la Belgique.

Les modalités d'accès à la fonction d'inspecteur sont fixées aux articles 22 et 28 dudit décret, modalités qu'il appartient au Gouvernement flamand de préciser. Le candidat doit réussir une épreuve devant un jury, épreuve dont le contenu est fixé par le Gouvernement flamand. Contrairement à la réglementation antérieure, qui datait de 1969, le décret de 1991 ne prévoit pas de réserve de recrutement, mais il contient une disposition transitoire - l'article 109 - qui aboutit au même résultat : les titulaires du brevet d'aptitude à la fonction d'inspecteur obtenu sous l'ancienne réglementation voient leur titres et mérites évalués par le jury sur la simple demande que les intéressés en font. Cette disposition transitoire ne contient pas de terme, elle reste d'application indéfiniment.

Le législateur communautaire flamand prend, le 8 juillet 1996, un décret « relatif à l'enseignement VII »²⁰ dans lequel il apporte des modifications à de nombreuses réglementations de l'enseignement. Ses articles 19 à 29 concernent le décret de 1991. La principale innovation réside dans l'instauration d'une réserve de recrutement pour les inspecteurs de l'enseignement fondamental. Le décret modificatif ne prévoit aucune disposition transitoire, de sorte que les seules dispositions transitoires restent celles de 1991. Il en découle qu'une personne qui a réussi l'épreuve d'aptitude à la fonction d'inspecteur de l'enseignement fondamental sur la base du décret de 1991 non encore modifié, ne se voit pas versée dans la réserve de recrutement ni ne bénéficie de la disposition transitoire de l'article 109.

La Cour constitutionnelle, saisie par une personne qui avait réussi l'épreuve d'aptitude sur la base du décret de 1991 avant la modification de 1996, rappelle sa jurisprudence constante selon laquelle rien n'oblige en principe un

²⁰ *Moniteur belge*, 5 septembre 1996, p. 23495 et suiv.

législateur, lorsqu'il modifie une réglementation, de prévoir un régime transitoire. Tout changement de politique destiné à faire face à une nécessité urgente deviendrait impossible si l'on admettait que le principe d'égalité et de non-discrimination demande que le régime antérieur soit maintenu pendant une période déterminée. Mais si le législateur instaure un régime transitoire, celui-ci ne peut être discriminatoire. En l'espèce, rien ne justifie qu'aucune disposition ne règle le sort des lauréats des épreuves d'aptitude passées entre 1991 et l'entrée en vigueur de la disposition modificative de 1996, de sorte que le principe d'égalité et de non-discrimination se trouve violé. En conséquence, la Cour constitutionnelle « annule l'article 21, § 2, (qui prévoit une réserve de recrutement) du décret de la Communauté flamande du 8 juillet 1996 relatif à l'enseignement VII *en ce qu'il n'accorde pas* aux membres du personnel ayant réussi avant son entrée en vigueur les épreuves visées aux articles 22 et 27 les mêmes droits que ceux dont bénéficient les membres du personnel ayant la qualité de lauréat depuis cette entrée en vigueur »^{21 22}.

12. En matière de principe de légalité, la Cour a été, à diverses reprises, amenée à sanctionner une habilitation donnée à l'Exécutif, habilitation contraire aux exigences dudit principe²³.

Il en est ainsi, entre autres, de l'article 21 du décret flamand du 20 décembre 2002 contenant diverses mesures d'accompagnement du budget 2003 qui, pour promouvoir l'accès à la propriété, autorise le locataire d'une habitation sociale à acquérir celle-ci « suivant des conditions à fixer par le Gouvernement flamand ».

²¹ Les caractères italiques émanent des rapporteurs.

²² C.A. n° 25/98 du 10 mars 1998.

²³ *Supra*, n° 5.

Différentes sociétés de logement demandent l'annulation de cette disposition, au motif, entre autres, qu'elle méconnaît l'article 16 de la Constitution qui énonce notamment que nul ne peut être privé de sa propriété que « dans les cas et de la manière établis par la loi ».

Dans son arrêt n° 115/2004 du 30 juin 2004, la Cour rappelle qu'en utilisant les termes « par la loi » dans l'article 16 de la Constitution, article dont le contenu est demeuré inchangé depuis 1831, le Constituant a entendu exclure la compétence du pouvoir exécutif d'établir les cas et les modalités d'expropriation, réservant cette compétence aux seules assemblées démocratiquement élues. Dans une matière relevant de la compétence des Régions, telle que le logement, le législateur régional - et donc le décret²⁴ - est compétent pour déterminer les conditions dans lesquelles des ventes forcées de biens immobiliers peuvent être réalisées pour faciliter l'accès des citoyens à la propriété, notamment en ce qui concerne les biens appartenant à une société de logement social.

La Cour constate que la disposition entreprise donne au locataire d'un logement social le droit d'acquérir celui-ci « selon des conditions à fixer par le Gouvernement flamand ». Les sociétés de logement social peuvent donc être contraintes de transférer la propriété d'un logement. Ce transfert obligé de propriété est une mesure qui relève de l'article 16 de la Constitution. Il convient donc de vérifier si le décret en cause répond aux exigences de cette disposition constitutionnelle. Tel n'est pas le cas. La Cour décide qu'« en habilitant, sans précisions suffisantes, le Gouvernement à déterminer les conditions d'acquisition de

²⁴ En Belgique, le décret est le nom que porte la loi régionale (voy. *infra*, n° 15).

l'habitation louée par le locataire occupant, la disposition décrétole attaquée méconnaît le principe de légalité que contient l'article 16 de la Constitution²⁵.

13. Il résulte de ce qui précède que les violations du principe constitutionnel de légalité par une norme législative constituant, elles aussi, une lacune « qualifiée », ou plus précisément une lacune « intrinsèque ». C'est la norme législative elle-même qui est viciée, insuffisante, incomplète et, par là, inconstitutionnelle. Il appartient donc au seul législateur de réparer son manquement, d'adopter une mesure législative qui règle sinon l'ensemble, du moins les aspects essentiels de la matière qu'il voulait réglementer.

14. La situation qui vient d'être décrite présente des ressemblances avec le contentieux de la Convention européenne des droits de l'homme en ce qui concerne l'exigence, exprimée au paragraphe 2 des articles 8, 9, 10 et 11 de la Convention, qui ne permettent des ingérences dans les droits garantis par ces dispositions qu'à la condition qu'elles soient prévues par une « loi » au sens de ces dispositions (voy. notamment Cour EDH, *Malone c. Royaume-Uni*, etc.)²⁶.

III. La compétence et la saisine de la Cour constitutionnelle

15. Jusqu'à la révision constitutionnelle du 7 mai 2007, la Cour constitutionnelle portait toujours la dénomination « Cour d'arbitrage » qui lui avait été donnée lors de sa création, en

²⁵ C.A. n° 115/2004 du 30 juin 2004, B.3.4.

²⁶ On le sait, la « loi » exigée par ces dispositions n'est pas nécessairement une loi au sens formel du terme, c'est-à-dire une loi adoptée par une assemblée législative, mais une disposition à caractère normatif, même de « common law », qui est accessible et prévisible.

1980, même si, au fil des ans, le Constituant lui avait attribué de nouvelles compétences qui la rapprochait sans cesse davantage d'une cour constitutionnelle à part entière.

En 1980, la Belgique a connu une profonde réforme de son système institutionnel, amorcée dès 1970. L'Etat unitaire créé en 1830 sur le modèle de la France se trouve transformé en un Etat fédéral. Dans la Belgique nouvelle, il y aura désormais, à côté des lois « fédérales », des lois régionales et des lois communautaires - ce dernier adjectif étant pris sans son sens belge -, qui se trouveront, au point de vue de la hiérarchie des normes, au même niveau les unes des autres. Les compétences, jusque-là unitaires, sont réparties entre l'Etat fédéral, les Communautés au sens belge et les Régions. Les compétences des Communautés et des Régions se trouvent énoncées dans la Constitution et dans la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, modifiée - et même complétée - à diverses reprises. D'une façon générale, les Communautés sont aujourd'hui compétentes pour l'enseignement, pour la culture, en matière d'emploi des langues et pour les matières « personnalisables », ce dernier vocable désignant, en Belgique, les matières qui se rapportent aux « personnes », c'est-à-dire principalement les soins à domicile, les crèches, les maisons de repos. Les Régions sont compétentes principalement en matière sociale et économique ainsi qu'en matière de pouvoirs subordonnés. Les lois communautaires et régionales sont appelées « décrets ». Contrairement à d'autres pays, le décret n'est *jamais* en Belgique un acte du pouvoir exécutif. Il s'agit du nom que portent les lois régionales et les lois communautaires.

Chaque pouvoir - fédéral, communautaire, régional - est compétent dans les matières que la Constitution et la loi spéciale de réformes institutionnelles lui confèrent. Aucune

loi, fédérale, communautaire, régionale, n'est supérieure à une autre loi. Aussi, pour veiller à ce que chaque législateur reste dans les limites de sa compétence, le Constituant crée une Cour d'arbitrage, chargée de trancher les excès de compétence qui naîtraient de l'adoption de normes législatives, de même force dans la hiérarchie des normes, par des législateurs différents. La Cour annule, ou déclare non compatible avec la Constitution²⁷, la loi qui excède la compétence du législateur dont elle émane.

La mission de la Cour d'arbitrage ainsi limitée est élargie assez rapidement par le Constituant. Dès 1988, elle se voit chargée du respect de la liberté d'enseignement ainsi que du respect du principe d'égalité et de non-discrimination. A cette compétence vient s'ajouter, le 9 mars 2003, celle de contrôler le respect de l'ensemble des libertés fondamentales et de certaines dispositions précises de la Constitution²⁸. Force est de constater qu'il ne reste plus grand-chose de la Constitution qui échappe à sa compétence. Le Constituant lui attribue, le 7 mai 2007, l'appellation de « Cour constitutionnelle », régularisant en quelque sorte la situation qui est celle de la Cour depuis longtemps.

16. L'article 142, alinéa 3, de la Constitution dispose que « la Cour peut être saisie par toute autorité que la loi désigne, par toute personne justifiant d'un intérêt ou, à titre préjudiciel, par toute juridiction ». Le titre Ier de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage se divise en deux chapitres : le premier chapitre traite des

²⁷ *Infra*, n° 18 et 35.

²⁸ Il s'agit des articles 170 et 172 de la Constitution qui posent les règles essentielles de l'impôt - vote par les assemblées, absence de privilège, etc. - ainsi que de l'article 191 de la Constitution qui assimile, en principe, l'étranger au Belge pour la protection de ses droits.

recours en annulation, tandis que le second chapitre porte sur les questions préjudicielles.

La Cour constitutionnelle peut être saisie de deux façons, soit par un recours en annulation, soit par une question préjudicielle. La plainte constitutionnelle, plus connue sous le nom de *Verfassungsbeschwerde* ou recours d'*amparo*, n'existe pas en Belgique.

Dans l'un et l'autre cas - recours en annulation, question préjudicielle -, sa compétence se limite aux lois, ordinaires ou spéciales, aux décrets que sont les lois communautaires et régionales, ainsi qu'aux ordonnances, ce dernier terme qualifiant les décrets de la Région de Bruxelles-Capitale²⁹.

La compétence de la Cour constitutionnelle ne porte jamais directement sur les actes du pouvoir exécutif. Sauf lorsque la Cour limite, en tout ou en partie, définitivement ou pour le temps qu'elle détermine, les effets de l'annulation, comme l'y autorise l'article 8, alinéa 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'*arbitrage*, les actes administratifs pris sur la base de la loi annulée perdent leur fondement légal, ce qui permet de les attaquer devant la juridiction compétente³⁰. La rétractation des arrêts et jugements fondés sur la loi annulée, que ce soit en matière pénale, civile ou administrative, est également prévue par la loi organique de la Cour constitutionnelle³¹.

L'existence des lacunes et la suite qui convient de leur réserver ne sont pas mentionnées dans la Constitution.

²⁹ Tout comme le décret, l'ordonnance n'émane *jamais* en Belgique du pouvoir exécutif.

³⁰ Loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'*arbitrage*, art. 18.

³¹ Loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'*arbitrage*, art. 10 à 17.

17. Comme toute autre loi, la loi qui porte assentiment à un traité peut être déférée à la Cour³². La loi d'assentiment se limite toutefois à déclarer que le traité, dont le texte est reproduit en annexe, « sortira son plein et entier effet ». La loi d'assentiment est un acte de réception du traité, en tant que traité, dans l'ordonnancement juridique interne. Le membre de phrase « sortira son plein et entier effet » ne peut *in se* méconnaître les règles répartitrices de compétences entre l'Etat fédéral, les communautés et les régions ni violer les libertés fondamentales. Pour juger de la constitutionnalité d'une loi d'assentiment, il faut donc nécessairement avoir égard au contenu du traité³³.

La matière couverte par le traité peut ne pas ressortir aux compétences que la Constitution confère au législateur qui a donné son assentiment. Dans ce cas, la Cour annulera la loi, le décret ou l'ordonnance d'assentiment et le traité sortira son plein et entier effet lorsque l'assentiment en aura été donné par le législateur compétent.

La situation est fondamentalement différente lorsque le traité méconnaît les libertés fondamentales. Dans cette hypothèse, c'est le traité lui-même qui est anticonstitutionnel et non plus, comme dans le cas précédent, la seule loi d'assentiment. Le droit interne ne peut, à lui seul, porter remède à cette situation. Comme une loi annulée est censée n'avoir jamais

³² Les lois portant assentiment des traités constitutifs de l'Union européenne ou de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou un Protocole additionnel à cette convention ne peuvent faire l'objet d'une question préjudicielle.

³³ M. MELCHIOR et L. DE GREVE, « Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme : concurrence ou complémentarité ? », Rapport belge à la IXe Conférence des Cours constitutionnelles européennes, *Rev. Univ. dr. Homme*, 1995, pp. 217-247, spéc. n° 31, p. 224.

existé³⁴, le traité ne pourra recevoir d'exécution en Belgique³⁵.

La lacune que contient un traité peut donc conduire, à la suite d'un recours en annulation, à la mise à néant de tout ou partie de la réception du traité dans l'ordre juridique belge ou, en cas de question préjudicielle, à sa non-applicabilité³⁶.

Alors que le délai pour introduire un recours en annulation d'une loi est, en principe, de six mois à partir de sa publication au *Moniteur belge*³⁷, il n'est que de soixante jours lorsque le recours a pour objet une loi portant assentiment à un traité³⁸.

IV. Le recours en annulation

18. Le recours en annulation peut être introduit par les autorités que la loi désigne - les Gouvernements fédéral, communautaires et régionaux ainsi que les présidents des assemblées législatives agissant à la demande des deux tiers de leurs membres³⁹ -et par toute personne physique ou morale justifiant d'un intérêt⁴⁰. L'annulation rétroagit, elle s'opère *ex tunc* et a effet *erga omnes* : les dispositions annulées de la loi sont censées n'avoir jamais existé.

³⁴ Loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, art. 9. (voy. *infra*, n° 18).

³⁵ M. MELCHIOR et L. DE GREVE, *ét. citée*, n° 36, p. 225.

³⁶ Les effets de l'inconstitutionnalité ne sont pas les mêmes lorsque la Cour statue sur un recours en annulation ou sur une question préjudicielle (*infra*, n° 18 et n° 35).

³⁷ Loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, art. 3, § 1er.

³⁸ Loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, art. 3, § 2.

³⁹ Const., art. 142, alinéa 3 ; loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, art. 2, 1° et 3°.

⁴⁰ Const., art. 142, alinéa 3, loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, art. 2, 2°.

La lacune et le recours en annulation

19. La constatation de l'existence d'une lacune législative serait-elle exclue lorsque la Cour statue dans le cadre d'une demande d'annulation ?

A cette question, on peut, dans un premier temps, répondre par l'affirmative : la Cour constitutionnelle n'est pas compétente pour remédier à un « non-dit » qui affecte la loi. En outre, sa mission ne consisterait nullement à évaluer quantitativement, voire à proposer de compléter le droit objectif. A la suite de l'enseignement de Kelsen, la juridiction constitutionnelle est traditionnellement considérée comme un « législateur négatif » qui ne peut que censurer la loi. L'argument, tiré de la mission de la Cour ainsi comprise, ne paraît plus d'actualité. De nos jours, la conception traditionnelle de la juridiction constitutionnelle est de plus en plus abandonnée au profit d'une conception dans laquelle la cour constitutionnelle tient un rôle actif dans l'élaboration du droit positif, notamment en interférant dans la confection de la loi, par le recours à des injonctions adressées au législateur par exemple⁴¹.

20. En matière de lacune, l'incompétence semble, il est vrai, la voie suivie par la Cour elle-même dans certains arrêts anciens. Ainsi, le 7 février 1991, elle juge que « l'article 1^{er} de la loi du 6 janvier 1989 ne confère à la Cour ni le pouvoir d'annuler ni le pouvoir de suspendre une 'décision

⁴¹ Cette conception du « législateur négatif » a été réfutée récemment dans une importante thèse de Ch. BEHRENDT, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif*, Bruxelles et Paris, Bruylant et L.G.D.J., 2006.

implicite de refus' de prendre une mesure législative ou réglementaire »⁴².

21. La Cour nuance cette affirmation dans ses arrêts n° 106/2000 du 25 octobre 2000⁴³ et n° 32/2001 du 1er mars 2001⁴⁴. Par la loi du 22 décembre 1999 relative à la régularisation de séjour de certaines catégories d'étrangers séjournant sur le territoire du Royaume, le législateur belge permet la régularisation administrative de nombreux étrangers en séjour illégal. La *Liga voor Mensenrechten*⁴⁵ demande la suspension et l'annulation d'une disposition de cette loi. Sa critique porte sur le fait que la loi ne prévoit pas que l'étranger régularisé puisse bénéficier d'une aide sociale complète, ce que peut revendiquer un étranger admis à séjourner sur le territoire autrement qu'en vertu de la loi de régularisation.

La demande de suspension, qui donnera lieu à l'arrêt n° 106/2000, et le recours en annulation, qui fera l'objet de l'arrêt n° 32/2001, visent l'article 14 de la loi du 22 décembre 1999 précitée qui dispose que l'étranger ne fera l'objet d'aucune mesure d'éloignement du territoire entre le moment de sa demande de régularisation et la décision éventuelle de rejet de celle-ci⁴⁶.

⁴² C.A. n° 2/91 du 7 février 1991, B.2. On a pu faire remarquer que cette conception est très proche de celle développée par la Cour de cassation à propos des lacunes dans les questions préjudicielles. Voy. J.-C. SCHOLSEM, « La Cour d'arbitrage et les 'lacunes législatives' », *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'Etat*, op. cit., pp. 213-237, spéc. p. 231.

⁴³ C.A. n° 106/2000 du 25 octobre 2000, B.6.

⁴⁴ C.A. n° 32/2001 du 1er mars 2001, B.5.

⁴⁵ La Ligue des droits de l'homme néerlandophone.

⁴⁶ Sur l'ensemble de la matière, voy. M. BOSSUYT et R. LEYSEN, « Het Arbitragehof en het vreemdelingenrecht. Overzicht van de rechtspraak 1989-2006 », *Burgerschap, inburgering, migratie*, Gand, Larcier, 2007, pp. 47-139.

Dans ses deux arrêts, la Cour observe que l'aide sociale n'est pas l'objet de la loi du 22 décembre 1999. Cette aide est réglementée par la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'action sociale.

Certes, la Cour se réfère aux travaux préparatoires de la loi du 22 décembre 1999 et constate qu'au cours de ceux-ci la question de l'aide sociale a été débattue avant d'être rejetée. Ce débat, qui est intervenu lors de l'élaboration de la loi, ne change pas l'objet de celle-ci qui est la régularisation et non l'aide sociale.

La Cour précise qu'« en ce qu'elle fait grief au législateur de ne pas avoir ajouté à l'article 14 de la loi du 22 décembre 1999 une disposition modifiant ou complétant l'article 57, § 2, (de la loi du 8 juillet 1976), la partie requérante demande à la Cour de censurer un refus du législateur de modifier une norme *ayant un autre objet*⁴⁷ que celui de la norme attaquée ». La Cour établit ainsi les prémisses du raisonnement qu'elle suivra dans son arrêt n° 100/2007.

22. La loi du 15 février 2006 relative à l'exercice de la profession d'architecte dans le cadre d'une personne morale soumet l'exercice de cette profession à l'obligation de s'assurer contre les dommages qui pourraient résulter de cet exercice. Divers architectes, auxquels se joint l'Ordre des architectes, demandent l'annulation de cette obligation. A l'appui de leur demande, les requérants font valoir que, de tous les acteurs du secteur de la construction, ils sont les seuls à devoir assurer leur responsabilité. Pour cette raison, cette loi est déjà, à leur avis, discriminatoire. Elle l'est d'autant plus qu'elle est susceptible d'emporter des conséquences préjudiciables pour les architectes qui, parce

⁴⁷ Les caractères italiques émanent des rapporteurs.

qu'ils sont assurés - et les seuls à devoir l'être -, seront les coupables désignés de tout dommage intervenant à l'occasion d'un chantier.

Dans son arrêt n° 100/2007⁴⁸, la Cour considère que c'est à bon droit que le législateur a entendu protéger, par l'obligation critiquée, notamment le maître de l'ouvrage des dommages qui résulteraient du fait de l'architecte. Elle constate cependant qu'il n'y a aucune raison pour ne pas soumettre à une semblable obligation les autres acteurs de la construction. Dans cette mesure, il existe une discrimination. « Cette discrimination, précise-t-elle, n'est toutefois pas la conséquence de l'obligation d'assurance imposée par la loi attaquée mais bien de l'absence, dans le droit applicable aux autres 'parties intervenant dans l'acte de bâtir', d'une obligation d'assurance comparable ». Elle conclut: « Il ne peut y être remédié que par l'intervention du législateur ».

23. Au contentieux de l'annulation, la Cour établit ainsi une distinction selon que la lacune est ou non connexe à la matière traitée par la loi entreprise. Elle n'admet pas qu'on lui demande de censurer le droit objectif en se fondant sur l'absence de disposition appelée, selon le requérant, à régler l'une ou l'autre matière étrangère à celle réglementée par la loi. Par contre, lorsque la lacune législative est connexe à la matière que la loi réglemente ou qu'elle en fait partie, rien ne l'empêche de constater l'existence de cette lacune.

24. La compétence de la Cour constitutionnelle pour connaître des lacunes au contentieux de l'annulation peut s'appuyer sur divers arguments.

⁴⁸ C.C. n° 100/2007 du 12 juillet 2007.

25. L'article 8, alinéa 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage permet à la Cour de maintenir définitivement ou pour le temps qu'elle détermine, les effets d'une norme annulée. Le maintien des effets de la loi annulée s'analyse souvent en une technique d'injonction de légiférer⁴⁹; il convient de la considérer aussi comme un remède, jusqu'à l'adoption par le législateur d'une norme nouvelle, à la lacune née de l'annulation⁵⁰. En matière d'annulation, la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage a prévu que la Cour puisse combler un vide, même si ce vide - ou cette lacune - est uniquement la conséquence de l'annulation⁵¹.

26. On ne saurait par ailleurs oublier que la réponse à une question préjudicielle peut entraîner l'annulation de la loi. L'article 4, 2°, alinéa 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989, modifié par la loi spéciale du 9 mars 2003, ouvre un nouveau délai pour demander l'annulation d'une loi lorsque la Cour a constaté, lors d'une question préjudicielle, que la loi n'est pas compatible avec la Constitution. La question préjudicielle peut donner lieu, après que la demande en a été faite dans le délai prévu, à un recours en annulation. Celui-ci se fondera naturellement sur l'arrêt rendu à titre préjudiciel. L'article 4 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage ne contient aucune restriction quant aux recours en annulation qui seraient introduits à la suite d'un arrêt rendu à titre préjudiciel qui constate l'existence d'une lacune.

⁴⁹ Ch. BEHRENDT, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif*, thèse citée, n° 222 à 263, pp. 284-338.

⁵⁰ Sur les différents délais de l'arrêt n° 102/99 relatif à la publicité pour le tabac, voy. notamment P. POPELIER, « De rechtspraak van het Arbitragehof over lacunes in wetgeving », *Tijdschr. Bestuursw. en Publiekrecht*, 2005, pp. 284-296, ici n° 14, p. 287 ; J.-C. SCHOLSEM, « La Cour d'arbitrage et les 'lacunes législatives' », *ét. citée*, pp. 231-232.

⁵¹ On a pu écrire que « le maintien des effets d'une disposition annulée relève (...) d'une décision de nature législative » (G. ROSOUX et F. TULKENS, « Considérations théoriques et pratiques sur la portée des arrêts de la Cour d'arbitrage », *La Cour d'arbitrage : un juge comme un autre ?*, Liège, éditions du Jeune Barreau, 2004, pp. 95-160, ici n° 16, p. 107.

27. Pour refuser à la Cour la compétence de constater une lacune à l'occasion d'un recours en annulation, on a prétendu que la Cour, en décelant une lacune, entrerait de plain-pied dans le domaine du législateur. Outre que la conception de « la juridiction constitutionnelle - législateur négatif » est aujourd'hui largement abandonnée, cette thèse emporte, à notre avis, des conséquences antinomiques.

Lorsque, au nom du principe d'égalité et de non-discrimination, la Cour annule une exception à une règle, elle étend nécessairement le champ d'application de la loi. A la suite de l'annulation de l'exception, la loi a un champ d'application plus vaste puisqu'elle englobe aussi la matière - ou les personnes - qui en étaient exclues par l'exception. En procédant ainsi, la juridiction constitutionnelle reste dans sa sphère de compétence, alors qu'il est manifeste qu'elle ajoute à la loi et étend le champ d'application de celle-ci⁵².

Cette technique a pourtant été critiquée, spécialement à l'occasion de l'arrêt n° 157/2004 rendu le 6 octobre 2004 à propos de la loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme⁵³. Il s'agissait en l'espèce de la censure, par la Cour, de l'énonciation, dans la loi précitée, des différentes discriminations prohibées. L'article 2, § 1er, disposait en effet : « Il y a discrimination [...] si une différence de traitement qui manque de justification objective et raisonnable est directement fondée sur le sexe, une prétendue

⁵² Voy., à ce sujet, les observations pertinentes de J.-C. SCHOLSEM, « La Cour d'arbitrage et les 'lacunes législatives' », *ét. citée*, spéc. pp. 232-233.

⁵³ Voy. P. MARTENS, E. DERYCKE et C. COURTOY, *Rapport 2004 de la Cour d'arbitrage*, n° 13, pp. 38-53.

race, la couleur, l'ascendance, l'origine nationale ou ethnique, l'orientation sexuelle, l'état civil, la naissance, la fortune, l'âge, la conviction religieuse ou philosophique, l'état de santé actuel ou futur, un handicap ou une caractéristique physique »; du texte annulé, il ne reste que l'interdiction de discriminations, sans que soient désormais précisés les différents fondements sur lesquels les discriminations pouvaient reposer⁵⁴. On a reproché à la Cour d'avoir « ajouté » les discriminations fondées sur les convictions politiques et sur la langue, lesquelles ne faisaient pas partie de l'énumération. Lors de l'élaboration de la loi, ces discriminations avaient été débattues et rejetées : le législateur n'avait pas voulu mettre à l'abri de tout reproche les partis politiques extrémistes au nom d'une discrimination fondée sur les convictions politiques; il n'avait pas voulu davantage faire intervenir les questions linguistiques, qui sont d'une grande acuité en Belgique, dans une matière aussi consensuelle et délicate que les discriminations.

La Cour fait remarquer qu'une discrimination n'existe que si une différence de traitement manque de justification objective et raisonnable. Dès lors, en procédant comme elle le fait, il demeure toujours un contrôle sur le caractère objectif et raisonnable de la différence opérée. Un traitement inégal ne constituera jamais une discrimination que s'il n'est pas objectivement et raisonnablement justifié.

⁵⁴ La Cour annule à l'article 2, § 1^{er}, les mots « qui » et « est directement fondée sur le sexe, sur une prétendue race, la couleur, l'ascendance, l'origine nationale ou ethnique, l'orientation sexuelle, l'état civil, la naissance, la fortune, l'âge, la conviction religieuse ou philosophique, l'état de santé actuel ou futur, un handicap ou une caractéristique physique » [...], le texte étant désormais : « Il y a discrimination (...) si une différence de traitement manque de justification objective et raisonnable ».

Les critiques, adressées à cet arrêt, portent principalement sur le fait que les discriminations fondées sur les convictions politiques et celles s'appuyant sur la langue avaient été aperçues par le législateur mais avaient été, délibérément, rejetées par lui. La Cour aurait ainsi pris la place du législateur⁵⁵.

Le contentieux dont connaît la Cour constitutionnelle est un contentieux objectif et il est indifférent qu'une inconstitutionnalité ait été ou non aperçue lors de l'adoption de la loi⁵⁶.

Dans le cas présent, la Cour n'a pas entendu laisser subsister dans le droit positif des apparences de discriminations admises - raisonnablement justifiée, la « discrimination » n'existe jamais - et ce au simple motif qu'il s'agissait principalement de convictions politiques et de questions linguistiques⁵⁷.

⁵⁵ J. VELAERS, « Het Arbitragehof en de antidiscriminatiewet », *Tijdschr. Bestuursw. en Publiekrecht*, 2004, pp. 601-614, ici ; n° 10, pp. 603-604 ; P. SCHOLLEN, « Maakt de rechter de wet ? » in *Wie maakt de wet ?* (sous la direction de P. POPELIER et J. VAN NIEUWENHOVE), Bruges, Die Keure, 2006, pp. 146-165, spéc. n° 25-27, pp. 163-165 ;

⁵⁶ Suffirait-il qu'une inconstitutionnalité soit aperçue par le législateur pour rendre la Cour incompétente ? La Cour tient sa mission du Constituant uniquement.

⁵⁷ Sur cet arrêt dans son ensemble, voy. notamment , outre J. VELAERS et P. SCHOLLEN cités en note 36 ; F. ANG, « De (on)verenigbaarheid van de anti-discriminatiewet met de Grondwet », *Tijdschr. voor Mensenrechten*, 2004, nr.4, pp. 15-16 ; J. FIERENS, « Aïkido ! L'arrêt 'loi anti-discrimination' de la Cour d'arbitrage », *Journ. jur.*, 19 octobre 2004, n° 35, p. 10 ; L. GALLEZ, « La lutte renouvelée contre les discriminations », *Rev. belge dr.const.*, 2005, pp. 399-419 ; C. HOREVOETS, « Vers une nouvelle lecture de la loi antidiscrimination à travers l'arrêt n° 157/2004 de la Cour d'arbitrage », *Antidiscriminatiewet en contracten. La loi antidiscrimination et les contrats* (sous la direction de S. STIJNS et P. WERY), Bruges, La Charte, 2006, pp. 17-42 ; J. JACQMAIN, « La loi anti-discrimination après l'arrêt de la Cour d'arbitrage : et le droit européen ? », *Chron.droit soc.*, 2005, pp. 6-7 ; P. JOASSART, « La loi anti-discrimination et l'arrêt de la Cour d'arbitrage. Une victoire pour le Vlaams Blok ? », *Journ. proc.*, n° 493, pp. 8-11 ; B. RENAULD, « Les illusions de l'égalité ou du 'nivellement par le bas' à la 'lacune' », *Liber amicorum Paul Martens. L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité ?*, op. cit., pp. 419-437 ; C. SÄGESSER, « La loi anti-discrimination », *C.H. CRISP*, 2005, n°1887-1888, p. 68 ; S. SOTTIAUX et J. VRIELINK, « Eén arrest, vijf mijlpalen », *Juristenkr.*, 20 oktober 2004, n° 96, p. 4 ; L. THERY,

Ce que la Cour peut faire en matière d'exception ou de loi à la portée trop étendue, ne lui est pas interdit en matière de carence : si cela lui est possible sans obérer les choix d'opportunité du législateur, elle doit remédier à l'inconstitutionnalité constatée. Quand il en va du respect des libertés fondamentales, une loi trop large doit être rétrécie, une loi trop étreinte doit être élargie⁵⁸.

28. Enfin, il ne peut être perdu de vue que la Cour constitutionnelle protège les citoyens dans leurs libertés fondamentales. Si cette protection ne pouvait intervenir qu'à l'encontre du contenu matériel des lois inconstitutionnelles et non à l'encontre des lacunes de même nature, il faudrait admettre que la loi spéciale du 6 janvier 1989 elle-même contiendrait une lacune discriminatoire en ce qu'elle ne protégerait pas les citoyens des lacunes qui méconnaissent les droits garantis par la Constitution⁵⁹.

29. Si l'arrêt n° 100/2007 est le premier à utiliser expressément le mot « lacune » à l'occasion d'une demande d'annulation et à faire la distinction entre ce qui forme l'objet de la loi et ce qui lui est étranger, d'autres arrêts, rendus eux aussi sur recours en annulation, ont déjà indiqué l'existence d'une ou de plusieurs lacunes dans la loi attaquée, ainsi que nous l'avons vu à propos de la réserve de

« Markante arresten uit twintig jaar rechtspraak van het Arbitragehof : een vergelijking tussen commentaren in de rechtsleer en de weerklank in de geschreven pers », *Tijdschr. Bestuursw. en Publiekrecht*, 2006, pp. 387-410, ici, n° 9, pp. 407-408 et les références doctrinales citées par cet auteur en note 162.

⁵⁸ La différence ne résulte bien souvent que de la façon dont la loi est formulée.

⁵⁹ P. POPELIER, « De rechtspraak van het Arbitragehof over lacunes in de wetgeving », *Tijdschr. Bestuursw. en Publiekrecht*, 2006, pp. 284-296, ici n° 54, p. 296.

recrutement des inspecteurs de l'enseignement fondamental en Communauté flamande⁶⁰.

30. Dans différents arrêts, la Cour annule la loi en ce que celle-ci « ne prévoit pas » ou « en tant que la loi ne s'applique pas à »; l'inconstitutionnalité découle du caractère incomplet de la loi - donc de ses lacunes - et est censurée dans cette mesure⁶¹.

31. Le 24 mai 1998, huit partis démocratiques, dont quatre appartenaient à l'opposition, convinrent que le nombre et la structure des différentes gendarmerie et polices du Royaume n'étaient plus adaptés aux besoins de cette fin du XXème siècle. Ensemble, ils prirent l'initiative de déposer une proposition de loi pour réformer en profondeur les polices. Désormais, il n'y aurait plus qu'un seul service de police, structuré à deux niveaux. La proposition devient la loi du 7 décembre 1998 organisant un service de police intégré, structuré à deux niveaux. L'intégration des différents services de police existants donna lieu à divers arrêtés royaux, dont les plus importants furent ratifiés par le législateur fédéral, ratification qui emporta la compétence de la Cour constitutionnelle pour statuer à leur égard.

Les recours en annulation dirigés contre ces arrêtés, devenus lois par la ratification du législateur, furent nombreux. Plusieurs centaines de personnes s'adressèrent à la Cour pour des motifs parfois très différents, les recours étant essentiellement fondés sur la méconnaissance du principe d'égalité et de non-discrimination.

⁶⁰ *Supra*, n° 11.

⁶¹ Outre les arrêts cités ci-dessus aux n° 22, 31 et 32, voy. C.A. n° 102/99 du 30 septembre 1999 ; C.A. n° 57/2003 du 14 mai 2003; C.A. n° 7/2004 du 21 janvier 2004; C.A. n° 116/2004 du 30 juin 2004; C.A. n° 147/2004 du 15 septembre 2004; C.A. n° 157/2004 du 6 octobre 2004 et C.A. n° 123/2006 du 28 juillet 2006.

La Cour se prononça sur divers recours qu'elle avait joints dans son arrêt n° 102/2003⁶².

Tant la motivation que le dispositif de cet arrêt retiennent plusieurs griefs fondés sur des lacunes.

Ainsi, à titre d'exemple, le dispositif prévoit-il :

« La Cour

[...]

- annule, dans la partie XII de l'arrêté royal du 30 mars 2001 portant la position juridique du personnel des services de police, confirmée par l'article 131 de la loi-programme du 30 décembre 2001 :

1. l'article XII.II.15, en ce qu'il a pour conséquence que les anciens sous-chefs d'aérodrome et premiers sous-chefs d'aérodrome qui ont choisi le maintien de leur statut d'origine ne conservent pas la qualité d'officier de police judiciaire auxiliaire du procureur du Roi, et d'officier de police administrative;

[...]

4. l'article XII, II, 28, en ce qu'il ne prend pas en compte l'allocation versée aux membres de l'ancienne police judiciaire en application de l'arrêté royal du 1er février 1980;

⁶² Par la suite, la Cour devait rendre d'autres arrêts sur d'autres recours portant sur la même matière.

5. l'article XII.VI.28, en ce qu'il ne vise pas les inspecteurs divisionnaires 2C;

6. l'article XII, VII, 11, en ce qu'il ne reprend pas le brevet 2D;

[...]

8. l'article XII.VII.17, en ce qu'il ne s'applique pas aux inspecteurs judiciaires divisionnaires 2C;

9. l'article XII.VII.21, en ce qu'il exclut du champ d'application tout agent de l'ancienne police communale;

[...]

11. l'article XII.XI.21, en ce qu'il ne fait pas bénéficier les membres de l'ancienne police judiciaire de l'allocation complémentaire qu'il instaure; »⁶³.

32. A l'ancienne loi du 7 août 1974 instituant le droit à un minimum de moyens d'existence, fondée principalement sur le versement d'une somme d'argent aux personnes sans ressources, le législateur substitue la loi du 26 mai 2002 concernant le droit à l'intégration sociale. Il entend promouvoir avant tout la réinsertion des personnes qui ont besoin d'être aidées socialement. C'est pourquoi la loi nouvelle axe principalement l'aide sociale sur des programmes de réinsertion, l'aide financière n'intervenant qu'à titre subsidiaire⁶⁴.

Cette loi est attaquée par l'a.s.b.l. Ligue des droits de l'homme au motif, entre autres, qu'à l'image de la loi du

⁶³ C.A. n° 102/2003 du 22 juillet 2003.

⁶⁴ Voy. P. MARTENS, E. DERYCKE et C. COURTOY, *Rapport 2004 de la Cour d'arbitrage*, n° 34, pp. 131-138.

7 août 1974 qu'elle remplace, elle exclut de son champ d'application les étrangers ressortissants d'un Etat membre de l'Union européenne qui ne bénéficient pas de l'application du règlement (C.E.E.) n° 1612/68 du 15 octobre 1968 du Conseil des Communautés européennes relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, c'est-à-dire principalement les étudiants.

La Cour de justice des Communautés européennes sanctionne l'exclusion contenue dans la loi du 7 août 1974 dans son arrêt du 20 septembre 2001⁶⁵; la loi nouvelle le sera sur ce point par la Cour constitutionnelle dans son arrêt n° 5/2004⁶⁶ qui supprimera le membre de phrase relatif à ces étrangers.

33. L'effet de la sanction d'une lacune dans un recours en annulation est celui attaché à tout arrêt prononçant une annulation : l'arrêt a autorité absolue de la chose jugée à partir de sa publication au *Moniteur belge*⁶⁷. Parfois, l'intervention du législateur sera nécessaire afin d'opter, parmi toutes les possibilités, pour celle qu'il juge la plus adéquate; parfois, son intervention ne sera que souhaitée.

V. La question préjudicielle

34. L'autre mode de saisine de la Cour constitutionnelle est la question préjudicielle, qui s'analyse en un recours indirect. A l'occasion d'un litige, le juge soumet, d'office ou à la demande d'une partie, la question de la compatibilité

⁶⁵ C.J.C.E., 20 septembre 2001, Grzelczyk c. C.P.A.S. d'Ottignies-Louvain-la-Neuve, C-184/99.

⁶⁶ C.A. n° 5/2004 du 14 janvier 2004, B.5.1-B.5.4. et dispositif.

⁶⁷ Loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, art. 9, § 1er.

avec la Constitution de la norme législative qu'il est amené à appliquer. Le juge interroge la Cour sans donner nécessairement son opinion sur la réponse à apporter à la question. Le recours est un recours abstrait : la Cour constitutionnelle statue sans tenir compte du litige à propos duquel la question de constitutionnalité est posée, si ce n'est pour vérifier la pertinence de la question posée à l'égard du litige concret ou pour limiter sa réponse aux questions de droit dont est saisi le juge *a quo*.

35. L'arrêt que la Cour rend à la suite d'une question préjudicielle n'a pas la même force juridique que celui prononcé dans le cadre d'un recours en annulation. Si, à l'occasion d'une question préjudicielle, la Cour constate l'inconstitutionnalité d'une norme législative, celle-ci ne cesse pas de faire partie de l'ordonnancement juridique. L'autorité de chose jugée est relative, mais il ne s'agit toutefois pas d'une simple autorité relative. Le juge qui a posé la question préjudicielle est tenu de se conformer à l'arrêt de la Cour constitutionnelle⁶⁸ ; il en est de même pour toute autre juridiction qui serait appelée, par la suite, à connaître du litige⁶⁹. Lorsque la décision du juge qui a posé la question préjudicielle fait l'objet d'un recours, le juge à qui ce recours est déféré ne peut s'écarter de l'arrêt de la Cour constitutionnelle, à moins qu'il n'estime que la norme soumise à la Cour n'est pas applicable au litige. Par ailleurs, lorsqu'elle statue sur une affaire semblable à celle qui a donné lieu à la question préjudicielle, toute juridiction peut se dispenser d'interroger la Cour pour autant qu'elle se conforme à l'arrêt rendu précédemment⁷⁰. Aussi, la doctrine qualifie-t-elle l'autorité d'un arrêt de la Cour constitutionnelle rendu à la suite d'une question

⁶⁸ Loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, art. 28.

⁶⁹ Loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, art. 28.

⁷⁰ Loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, art. 26, § 2, 1°.

préjudicielle d' « autorité relative renforcée »⁷¹. Ceci n'empêche pas le juge d'interroger la Cour comme le juge précédent l'a fait, dans le souhait d'obtenir une réponse différente⁷², ou encore de lui poser la question en présentant le problème constitutionnel sous un autre aspect.

36. Lorsqu'une question constitutionnelle se pose lors d'un litige, interroger la Cour n'est pas une faculté, mais une obligation. Il existe six exceptions à cette règle⁷³.

37. Les traités - à savoir formellement les actes législatifs portant assentiment à ceux-ci⁷⁴ - peuvent, comme en matière de recours en annulation, être soumis à la Cour constitutionnelle par une question préjudicielle, à l'exception toutefois des traités constitutifs de l'Union européenne ou de la Convention européenne des droits de l'homme ou d'un protocole à cette convention⁷⁵. Ces deux dernières catégories de traités, qui, comme tous les traités, peuvent faire l'objet d'un recours en annulation dans un délai très bref⁷⁶, ne peuvent ultérieurement être remis en question.

La lacune et la question préjudicielle

38. L'article 26, § 2, alinéa 1er, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage impose à toute

⁷¹ F. DELPEREE et A. RASSON-ROLAND, *La Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Larcier, 1996, n° 91, p. 108.

⁷² Il est malheureusement probable que certaines parties demandent que la question soit reposée à des fins dilatoires.

⁷³ Loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, art. 26, §§ 2 et 3.

⁷⁴ *Supra*, n° 17.

⁷⁵ Loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, art. 26, § 1er bis.

⁷⁶ *Supra*, n° 17.

juridiction de poser une question préjudicielle lorsqu'est soulevée devant elle une question de constitutionnalité pour laquelle la Cour constitutionnelle est compétente⁷⁷. Cette règle, comme nous venons de l'exposer, connaît six exceptions portées par l'article 26, §§ 2 et 3, de la loi spéciale du 6 janvier 1989. Elles sont toutes étrangères aux lacunes.

39. La Cour de cassation juge cependant qu'elle n'est pas tenue d'interroger la Cour constitutionnelle lorsqu'une partie l'invite à interroger celle-ci sur une lacune.

En 1998, la Cour de cassation est amenée à juger au fond un ministre et différents coauteurs ou complices qui n'ont pas cette qualité⁷⁸. A cette époque, la Constitution prévoit que les ministres sont, en matière pénale, jugés au fond par la Cour de cassation, chambres réunies⁷⁹. Les coauteurs et complices n'ayant pas la qualité de ministre demandent d'interroger la Cour constitutionnelle sur l'absence dans la législation de disposition prévoyant qu'ils doivent, eux aussi, être jugés par la Cour de cassation. La Cour de cassation répond « que les cours et tribunaux ne peuvent demander à la Cour d'arbitrage d'examiner si l'abstention de légiférer en la matière est ou non conforme aux articles 10 et 11 de la Constitution, cette question étant étrangère aux matières énumérées par l'article 26 de la loi du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage ; ». Certes, la Cour de cassation

⁷⁷ Rappelons que la Cour constitutionnelle de Belgique n'est compétente qu'à l'égard du respect des libertés fondamentales, du respect par les différents législateurs - législateurs fédéral, communautaire et régional - des compétences qui leur sont propres, du respect des articles 170 et 172 de la Constitution qui posent les règles essentielles de l'impôt - vote par les assemblées, absence de privilège, etc. -, ainsi que du respect de l'article 191 de la Constitution qui assimile, en principe, l'étranger au Belge pour la protection de ses droits.

⁷⁸ Cass., 16 septembre 1998, *J.L.M.B.*, 1998, pp. 1340-1356.

⁷⁹ Ils sont aujourd'hui jugés par l'assemblée générale de la cour d'appel (Const. art. 103, modifié le 12 juin 1998, la nouvelle disposition prévoyant que la Cour de cassation reste compétente pour les affaires en cours).

relève dans la suite de l'arrêt qu'elle ne peut poser une question qui met en cause indirectement l'article 103 de la Constitution. Il n'en reste pas moins que, dans la première partie de sa motivation, la Cour de cassation refuse d'interroger la Cour constitutionnelle sur l'absence de législation en se fondant sur le seul article 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989.

Les autres arrêts rendus à ce propos par la Cour de cassation portent sur une situation différente : l'audition ou l'absence d'audition obligatoire de l'inculpé par le juge d'instruction⁸⁰.

Par deux pourvois, la Cour de cassation était saisie de la question de savoir s'il est ou non discriminatoire de n'imposer au juge d'instruction l'audition de l'inculpé que s'il envisage de le mettre en détention préventive ; hors cette hypothèse, ce juge n'est pas tenu de procéder à une telle audition avant de prendre l'ordonnance par laquelle l'instruction se termine en principe.

La Cour de cassation relève que l'obligation d'entendre l'inculpé n'existe que lorsque le juge d'instruction envisage de décerner un mandat d'arrêt contre lui⁸¹. En dehors de cette circonstance, aucun texte ne requiert que le juge d'instruction procède à l'audition de l'inculpé.

Les demandeurs en cassation soutenaient que le seul fait, pour le juge d'instruction, de ne pas envisager de décerner un mandat d'arrêt n'était pas un critère suffisant pour refuser d'entendre l'inculpé sur les faits reprochés. La différence de

⁸⁰ Cass., 14 janvier 1998, *Pas.*, 1998, I, 73 et *J.L.M.B.*, 1999, p. 52 avec note de F. KUTY et Cass., 28 avril 1999, *Pas.*, 1999, I, 587. Voy. aussi *infra*, note 84.

⁸¹ Loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive, art. 16, § 2.

traitement ainsi faite à partir d'un mandat d'arrêt éventuel manquait de pertinence, selon les demandeurs en cassation, et violait, de ce fait, le principe d'égalité et de non-discrimination.

La Cour de cassation rejette le moyen : il n'y a pas lieu de demander à la Cour constitutionnelle « si le silence du Code d'instruction criminelle au sujet de l'audition des inculpés par le juge d'instruction est conforme aux articles 10 et 11 de la Constitution; »^{82 83}.

40. Telle est la jurisprudence de la Cour de cassation affirmée dans différents arrêts⁸⁴. La Cour de cassation s'est toutefois écartée de celle-ci dans son arrêt du 31 janvier 2000 par lequel elle interroge la Cour sur la conformité au principe d'égalité et de non-discrimination⁸⁵ de la différence de traitement dont font l'objet les destinataires des amendes administratives - l'article 109 de la loi du 4 août 1986 impose à l'administration fiscale de motiver ces amendes - et les destinataires des accroissements d'impôt - accroissements qu'aucune disposition législative ne soumet à cette obligation de motivation.

41. Un argument de texte peut être invoqué à l'appui de la position de la Cour de cassation. L'article 142 de la Constitution dans lequel la Cour trouve son fondement constitutionnel et la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, loi spéciale organique de la Cour, donnent

⁸² Arrêt du 28 avril 1999, précité.

⁸³ Les articles 10 et 11 de la Constitution établissent le principe d'égalité et prohibent les discriminations.

⁸⁴ Cass., 16 mai 2001, *Pas.*, 2001, n° 288 ; Cass., 31 mai 2001, *Pas.*, 2001, n° 328 ; Cass., 2 avril 2003, *Pas.*, 2003, n° 221; Cass., 9 juin 2004, *Pas.*, 2004, n° 311.

⁸⁵ Cass., 31 janvier 2000, *Pas.*, 2000, n° 78 ; Voy. à ce propos, la remarquable monographie de Michael TRAEST, *Het Hof van Cassatie en de prejudiciële vraagstelling aan het Arbitragehof*, Cahiers Antwerpen, Brussel, Gent, Bruxelles, Larcier, 2006.

compétence à la Cour pour statuer sur la violation « par une loi, un décret ou (une ordonnance) (d'articles de la Constitution)»⁸⁶. Selon l'exégèse de ces textes, la violation que la Cour constitutionnelle censure devrait être le fait de la loi, du décret ou de l'ordonnance.

42. L'argument ne nous semble pas décisif.

43. Celui qui se dit victime d'une lacune fait en vérité grief au législateur de le discriminer. Soit qu'il estime devoir faire l'objet d'un traitement différent des autres personnes au motif des particularités de sa situation, soit qu'il soutienne, vu l'identité de situation, être en droit de partager le même bénéfice de la loi générale qui ne lui est pourtant pas reconnu.

A l'analyse, il apparaît que c'est toujours le principe d'égalité et de non-discrimination qui est en cause. Il n'appartient qu'à la seule Cour constitutionnelle de juger de la violation ou de la non-violation dudit principe⁸⁷. Il n'entre pas dans la mission des juridictions judiciaires et administratives de décider si une loi devrait exclure telle ou telle personne de son champ d'application ou, au contraire, si le législateur devrait intervenir pour rendre la loi générale applicable à ceux qui s'en estiment exclus de façon discriminatoire. Ce faisant, ces juridictions empièteraient sur la compétence de la Cour constitutionnelle. Lorsque le juge, appelé à faire application de la loi, refuse de poser une question préjudicielle sur cette loi parce qu'elle contiendrait une lacune, il se prononce en réalité - ce qui ne lui appartient constitutionnellement pas - sur le caractère

⁸⁶ Const., art. 142; loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, art. 1^{er} et 26.

⁸⁷ C. HOREVOETS et P. BOUCQUEY, *Les questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2001, n° 162-166, pp. 182-185.

non-discriminatoire de la loi en cause. Sa démarche est la même lorsqu'il s'agit de constater le caractère incomplet d'une législation⁸⁸. Comme le note J.-C. Scholsem, « sur un plan logique, toutefois, (la) position (de la Cour de cassation) paraît très contestable ». Et cet auteur de poursuivre : « Interroger sur une norme en ce que cette dernière ne vise pas ou ne comprend pas, c'est toujours, à notre sens, interroger sur la règle elle-même, sur ses contours, sur son champ d'application qui, de manière négative, peut être source de discrimination »⁸⁹.

44. Au cours de l'élaboration de la première loi organique de la Cour, la loi du 28 juin 1983 portant l'organisation, la compétence et le fonctionnement de la Cour d'arbitrage, la question de savoir si tout conflit de compétence entre législateurs belges - fédéral, communautaire, régional - découlait nécessairement d'un excès de compétence fut longuement débattue. Existait-il des conflits sans excès de compétence résultant de facteurs de rattachement différents ? Le cas échéant, ces conflits auraient pu être résolus par une sorte de droit international privé intra-belge. Le Gouvernement sollicita, à ce sujet, la consultation de plusieurs professeurs d'université : l'avis de chacun d'eux fut publié en annexe au rapport du Sénat⁹⁰. Ces éminents juristes ont émis des réponses différentes sur la question. Le débat devait se terminer par l'adoption d'un article qui donnait compétence à la Cour d'arbitrage - et à elle seule -

⁸⁸ *Ibid.*, n° 165-166, pp. 183-185.

⁸⁹ J.-C. SCHOLSEM, « Les lacunes législatives : du juge ordinaire au juge constitutionnel », *Liber amicorum Paul Delnoy*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 1099-1110, ici n° 4, p. 1112.

⁹⁰ Avis rendu par M. MERTENS DE WILMARS, professeur extraordinaire émérite à la Faculté de droit de la K.U.L. à Louvain, rapport HERMAN-MICHIELENS et LALLEMAND, *doc. parl.*, Sénat, S.O. 1981-1982, n° 246/2, pp. 363-376; Avis rendu par M. Jacques VELU, professeur ordinaire à la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles, *ibid.*, pp. 377-482; Avis rendu par M. P. GOTHOT, professeur ordinaire à la Faculté de droit de l'Université de Liège, *ibid.*, pp. 483-486.

pour statuer sur « tout conflit entre décrets communautaires ou entre décrets régionaux émanant de législateurs distincts et pour autant que le conflit résulte de leur champ d'application respectif »⁹¹. Cette disposition - aujourd'hui l'article 26, § 1er, 2), de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage - n'a jamais été appliquée, même si on trouve, dans la jurisprudence de la Cour, un seul cas où il aurait peut-être pu en être fait application⁹².

La volonté du législateur est que toute question de constitutionnalité d'une loi soit traitée par la Cour constitutionnelle et par elle seule.

45. L'on a fait remarquer que l'article 26, §§ 2 et 3, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage prévoit six exceptions à l'obligation de poser une question préjudicielle et qu'aucune de ces exceptions ne porte sur les lacunes⁹³.

46. Tant les travaux préparatoires de la loi du 28 juin 1983 portant l'organisation, la compétence et le fonctionnement de la Cour d'arbitrage⁹⁴, première loi organique de la Cour, que ceux de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage montrent la volonté constante du législateur de voir la Cour interrogée sur toutes les questions constitutionnelles de sa compétence. Dans son avis rendu sur l'avant-projet qui est à l'origine de la première de ces lois, le Conseil d'Etat rappelle qu'« il a déjà critiqué la rigueur excessive de la règle ainsi proposée (en ce qu'elle ne prévoit pas assez d'exceptions à l'obligation faite d'interroger la

⁹¹ Loi du 28 juin 1983 portant l'organisation, la compétence et le fonctionnement de la Cour d'arbitrage, art. 15, § 1er, b).

⁹² C.A. n° 72/96 du 11 décembre 1996.

⁹³ P. POPELIER, « Lacunes in de wetgeving : het Hof van Cassatie versus het Arbitragehof », note sous Cass., 28 avril 1999, *Rechtsk. Weekbl.*, 1999-2000, pp. 1134-1136, ici n° 4, p. 1135.

⁹⁴ Nous l'avons déjà vu à propos des conflits sans excès de compétence.

Cour)⁹⁵ », tandis que la deuxième de ces lois, si elle admet que les juridictions appliquent dorénavant la « théorie de l'acte clair »⁹⁶, excepte expressément la Cour de cassation et le Conseil d'Etat de la possibilité de recourir à cette théorie⁹⁷. Interrogé sur les raisons de cette exclusion, le Secrétaire d'Etat aux Réformes institutionnelles devait répondre : « Le Gouvernement a estimé devoir protéger le monopole de la Cour d'arbitrage en ce qui concerne le contrôle de la conformité de la loi et du décret aux articles de la Constitution visés à l'article [26], § 1er, en conservant l'obligation de soumettre à la Cour d'arbitrage toute question qui pourrait être soulevée à ce sujet devant les juridictions suprêmes. C'est la seule *ratio legis* du projet de loi en la matière »⁹⁸.

Cette réponse est suffisamment claire : la Cour constitutionnelle doit être interrogée *sur toute question* qui pourrait être soulevée quant à la constitutionnalité d'une norme à l'égard de laquelle elle est compétente. Si cette question révèle ou devait conduire à révéler l'existence d'une lacune, elle n'en doit pas moins être posée, et cela non seulement parce que les travaux préparatoires de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage sont explicites, mais encore et surtout parce que, comme il est dit plus haut, en refusant d'interroger la Cour constitutionnelle sur une lacune, le juge statue en réalité sur la compatibilité d'une norme législative avec le principe d'égalité et de non-

⁹⁵ *Doc. parl.*, Sénat, s.o. 1981-1982, n° 246/1, p. 47.

⁹⁶ Loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, art. 26, § 2. On a fait remarquer, à juste titre, qu'il convient, pour appliquer cette théorie en droit constitutionnel belge, que la constitutionnalité soit évidente et non pas le résultat d'un long raisonnement qui anticiperait celui de la Cour (voy., à ce sujet, M.-F. RIGAUX, « Les limites du contrôle de constitutionnalité par les juridictions », obs. sous Mons, 2 novembre 1989, *J.L.M.B.*, 1990, pp. 208-211, spéc. n° 9, p. 211).

⁹⁷ Loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, art. 26, § 2, 2°, alinéa 2.

⁹⁸ Rapport LALLEMAND et BAERT, *doc. parl.*, Sénat, S.O. 1988-1989, n° 483-2, p. 49.

discrimination garanti par les articles 10 et 11 de la Constitution.

La doctrine, dans sa majorité, est de l'avis que la question doit être posée dans cette éventualité⁹⁹.

V. Les suites à réserver à la lacune

47. La suite à réserver aux lacunes apparaît actuellement comme une série d'interrogations parsemées de quelques truismes. La matière est trop neuve pour y donner des réponses définitives.

On s'efforcera toutefois dans ce rapport d'apporter quelques éléments de réponse, de nature à aider le législateur ou le juge confronté à une lacune constatée par la Cour constitutionnelle. Ces éléments de réponse ne prétendent pas avoir valeur d'autorité. Ils ne sont que des indications, que des suggestions. Il n'en reste pas moins qu'ils montrent parfois la seule voie qui puisse être suivie en logique et, par là, peut-être en droit ?

⁹⁹ Voy., notamment, A. ALEN, « De prejudiciële vraagstelling aan het Arbitragehof. Algemene regel, uitzonderingen, enz. (met inbegrip van de situatie van de rechtsonderhorige tijdens de procedure en het gezag van gewijsde van de verwijzingsbeslissing », *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et la Conseil d'Etat*, op. cit., pp. 153-193 ; J. VAN COMPERNOLLE et M. VERDUSSEN, « La guerre des juges aura-t-elle lieu ? », *Journ. trib.*, 2000, pp. 297-304, spéc. p. 297 ; J.-C. SCHOLSEM, « Les lacunes législatives : du juge ordinaire au juge constitutionnel », art. cité, p. 1112 ; J. KIRKPATRICK et S. NUDELHOLC, « Les questions préjudicielles sur les violations du principe constitutionnel d'égalité de cassation et la Cour d'arbitrage », *Liber amicorum Paul Martens. L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité ?*, op. cit., pp. 785-812, spéc. n° 12, pp. 794-795 ; Adde P. POPELIER, « Rechtsbescherming tegen discriminerende wetgeving, de rol van het Arbitragehof en de mogelijkheden tot rechtsherstel door rechter en wetgever », *Rechtsk. Weekbl.*, 2006-2007, pp. 243-262, spéc. n° 20-21, p. 249.

48 Il est évident que le législateur est concerné en tout premier lieu. C'est à lui normalement qu'il appartient de mettre fin à la lacune soit en la comblant de façon ponctuelle soit en prenant une nouvelle réglementation exempte de toute lacune.

Il en est ainsi même lorsque l'arrêt, par lui-même, dans certaines lacunes que nous avons qualifiées d'intrinsèques, est de nature à permettre de porter remède à la lacune constatée. Le législateur peut en effet toujours reprendre le traitement d'une affaire et lui apporter une solution nouvelle, éventuellement avec effet rétroactif, à une situation qui pose problème, notamment par la suite de l'adoption d'un arrêt par la Cour.

49. Lorsque la lacune est une lacune simple ou extrinsèque, en matière de matière de contentieux de l'égalité et de la non-discrimination ou une lacune intrinsèque dans le contentieux de la légalité, le législateur seul peut - en principe à tout le moins, mais à l'heure présente, nous ne parvenons pas à présenter ou à suggérer une autre solution - dégager, adopter la règle à appliquer qui comble la lacune dénoncée. Il en est ainsi quelle que soit la formulation utilisée par la Cour, que l'arrêt dise ou non expressément qu'il n'appartient qu'au législateur de remédier à la lacune constatée¹⁰⁰.

50. Par contre, lorsque la lacune se révèle être un élément d'une loi, dans le contentieux de l'égalité et de la non-discrimination, et non dans celui du principe constitutionnel de légalité, l'arrêt rendu par la Cour peut souvent ou parfois

¹⁰⁰ Sur une de ces affirmations, voy. l'arrêt n° 100/2007 dont le passage relatif au législateur est reproduit *supra* n° 22.

être de nature à apporter, dans son dispositif, une règle ou une norme qui sera suffisamment précise pour être appliquée - indépendamment de l'intervention toujours possible du législateur, ainsi qu'il vient d'être dit ci-dessus - par le juge, dans le cas d'une question préjudicielle, par le juge et l'administration, dans le cas d'un recours en annulation.

Le constat d'une lacune intrinsèque dans le seul contentieux de l'égalité et de la non-discrimination peut en effet comporter un aspect positif qui est de nature à remédier par lui-même à la lacune et, par là, à l'inconstitutionnalité. En d'autres termes, le constat d'une lacune intrinsèque, que l'on pourra alors qualifier de « positive », est de nature à effacer, à supprimer la lacune qui a été constatée dans la motivation de l'arrêt et mentionnée dans le dispositif. Ainsi, la lacune est simultanément constatée et supprimée dans l'ordre juridique. A la place d'une lacune intrinsèque nécessairement négative, puisqu'elle constate un défaut qu'a commis le législateur auquel il devrait en principe remédier, on se trouve ainsi en présence d'une lacune intrinsèque « positive » puisque le constat de la lacune s'accompagne, se complète, se double immédiatement et par lui-même d'un remède à cette lacune et même d'une suppression, d'une élimination de cette lacune.

Il n'en sera ainsi, toutefois, que lorsque le constat de la lacune intrinsèque, de la lacune qui consiste en ce que telle norme ne s'applique pas à telle ou telle situation ou catégorie de personnes, est exprimée en des termes suffisamment précis que pour pouvoir être appliqués, sans complément normatif, aux situations ou personnes discriminées. Ceci signifie que le contenu de la partie du dispositif condamnant la norme « en ce qu'elle ne s'applique pas à » puisse être rédigé et soit rédigé de manière telle que cette

partie du dispositif, comme on le dit quant aux effets en droit interne d'une norme de droit international public, ait effet direct, soit directement applicable ou, encore, soit *self sufficient*. La norme doit être précise, complète et inconditionnelle.

51. Ainsi, lorsque la Cour annule, dans l'arrêt n° 102/2003 du 22 juillet 2003, « 11. *l'article XII.XI.21, en ce qu'il ne fait pas bénéficier les membres de l'ancienne police judiciaire de l'allocation complémentaire qu'il instaure;* »¹⁰¹, le juge, appelé à statuer sur l'allocation complémentaire réclamée par un membre de l'ancienne police judiciaire, en fera naturellement bénéficier les membres de l'ancienne police judiciaire. Le fondement de sa compétence, selon nous, sera, en cas de question préjudicielle, l'article 28 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage et, en cas de recours en annulation, l'article 8, alinéa 2, de la même loi.

Le premier de ces articles dispose que « la juridiction qui a posé la question préjudicielle, ainsi que toute autre juridiction appelée à statuer dans la même affaire sont tenues, pour la solution du litige à l'occasion duquel ont été posées les questions visées à l'article 26, de se conformer à l'arrêt rendu par la Cour d'arbitrage »¹⁰², le second proclame l'effet *erga omnes* de l'arrêt d'annulation.

52. Du point de vue d'une approche simple de la logique, on se trouve en présence de quelque chose de très particulier. En effet, on se trouve, de par l'arrêt et de par la lecture simple de l'arrêt, en présence d'une inconstitutionnalité, mais à la suite d'une lecture approfondie ou en deux temps,

¹⁰¹ *Supra*, n° 31.

¹⁰² *Voy. supra*, n° 35.

l'arrêt, après avoir constaté cette inconstitutionnalité, la supprime en étendant le champ d'application de la norme en cause. Le « législateur négatif » devient, à nouveau, un « législateur positif » ou du moins rectifie et complète l'œuvre du législateur démocratiquement élu. Mais il faut préciser que le « vrai » législateur peut toujours adopter une nouvelle législation, par exemple, en l'espèce, en supprimant l'« allocation supplémentaire » en cause pour tout le monde. Le vrai législateur n'est jamais dépossédé de ses pouvoirs, à condition qu'il n'agisse pas de façon discriminatoire.

53. Par contre, toujours en se référant à l'arrêt n° 102/2003 précité en matière de police, on ne se trouvera pas en présence d'une lacune « positive » ou réparatrice à propos du point 9 du dispositif qui annule « *l'article XII.XI.21, en ce qu'il exclut du champ d'application tout agent de l'ancienne police communale* »¹⁰³. Ici, la définition de la lacune n'est pas *self sufficient*. La Cour admet que tous les agents de cette ancienne police ne doivent pas bénéficier de la mesure en cause, que des distinctions peuvent être établies. Mais c'est là une tâche qui ne lui revient pas, mais bien au législateur qui devra déterminer, sous le contrôle *a posteriori* de la Cour, en fonction des caractéristiques de ces différents agents, quels sont ceux des agents de cette ancienne police qui peuvent bénéficier de la mesure ou en être exclus.

En d'autres termes, lorsqu'en réponse à une question préjudicielle ou à un recours en annulation, la Cour - dans le seul contentieux de l'égalité et de la non-discrimination, nous semble-t-il - constate et formule, dans son dispositif, une lacune intrinsèque « positive » - ainsi qu'il a été tenté de préciser ce concept ci-dessus -, il conviendra qu'à tout le

¹⁰³ *Supra*, n° 31.

moins le juge, et peut-être l'administration, rétablisse l'égalité découlant de la constatation par la Cour d'une lacune de ce type¹⁰⁴.

54. Il est toutefois un domaine où une lacune ne peut être réparée par la Cour constitutionnelle, c'est lorsque l'on se trouve en matière pénale. Le 10 novembre 1999, la Cour rendait un arrêt mettant en cause le « rapt de séduction » sanctionné par l'article 370 du Code pénal¹⁰⁵. Le « rapt de séduction » est l'enlèvement qui s'exerce sans violence, ruse ou menace sur la « victime », celle-ci suivant volontairement son ravisseur. Pour être punissable, le rapt de séduction doit être commis par un homme à l'égard d'une jeune fille de moins de dix-huit ans. La femme ayant le même comportement à l'égard d'un garçon de moins de dix-huit ans n'est pas punissable. La Cour a constaté non seulement la discrimination, mais aussi que celle-ci découlait non pas de l'article 370 du Code pénal punissant le rapt de séduction commis par un homme, mais de l'absence dans le même Code d'une infraction sanctionnant un comportement identique adopté par une femme. La Cour, considérant que le principe de légalité des délits et des peines exige que l'incrimination émane du législateur, ne pouvait donc « effacer » cette lacune par la formulation d'une lacune intrinsèque positive¹⁰⁶.

55. On le sait, dans le cas d'un recours en annulation et lorsque celui-ci donne lieu à des annulations, notamment lorsqu'elles sont motivées par les lacunes ou lorsque des lacunes sont mentionnées dans le dispositif, l'article 8,

¹⁰⁴ Voy. B. RENAULD, « Les illusions de l'égalité ou du 'nivellement par le bas' à la 'lacune' », *ét. citée.*, spéc. p. 436; *Idem*, « Lacune législative et devoir de juger », note sous C.A., n° 160/2005 et trib. trav. Bruxelles, 8 février 2006, *J.L.M.B.*, 2006, pp. 635-639, spéc. p. 639.

¹⁰⁵ C.A. n° 116/99 du 10 novembre 1999.

¹⁰⁶ Le législateur a abrogé l'article 370 du Code pénal qui punissait le rapt de séduction commis par un homme, le 28 novembre 2000 (loi du 28 novembre 2000 relative à la protection pénale des mineurs, art. 52).

alinéa 2, de la loi spéciale organique de la Cour permet à celle-ci de maintenir les effets qu'elle détermine des normes annulées. La Cour considère qu'elle peut maintenir ces effets pour l'avenir, ce qui a été approuvé par le législateur. Lorsqu'une norme est annulée en raison d'une lacune qu'elle comporte, en ce qu'elle ne s'accompagne pas d'une autre norme nécessaire pour la rendre constitutionnelle, l'attitude habituelle de la Cour est de maintenir les effets de la norme annulée pendant un certain temps (une année parfois) afin de permettre que la norme « viciée », dont l'application paraît utile, puisse continuer à l'être et afin de donner au législateur le temps d'adopter une loi réparatrice. Si tel n'était pas le cas, la norme annulée disparaîtrait de l'ordre juridique.

Ce procédé a été utilisé dans l'arrêt n° 102/2003 relatif à la police, précité¹⁰⁷. Il l'a été aussi à propos des méthodes particulières de recherche.

Les « méthodes particulières de recherche », régies par une loi du 6 janvier 2003, élargissent les moyens que la police peut mettre en œuvre, sous le contrôle ou l'autorisation du parquet, et le cas échéant du juge d'instruction, pour combattre la criminalité. Elles concernent notamment l'interception, la saisie et l'ouverture du courrier, l'obtention de renseignements sur les comptes et transactions bancaires, l'observation, l'infiltration et le recours aux indicateurs. D'une façon générale ces méthodes ont été validées par l'arrêt n° 202/2004. La Cour a toutefois observé que « le contrôle de la légalité de la mise en œuvre de certaines méthodes particulières de recherche [était] insuffisant pour vérifier si l'atteinte aux droits fondamentaux qu'elles occasionnent [était] justifiée et s'il

¹⁰⁷ *Supra*, n° 31.

n'[était] pas porté une atteinte disproportionnée aux exigences du procès équitable garanti par l'article 6 de la CEDH »¹⁰⁸. En conséquence elle a jugé, dans la suite de la motivation de l'arrêt, que certains articles en cause étaient « entachés d'inconstitutionnalité *uniquement*¹⁰⁹ en ce qu'ils ne prévoient pas que la mise en œuvre des méthodes d'observation et d'infiltration est contrôlée par un juge indépendant et impartial ». Ces dispositions seront annulées dans le dispositif, sans qu'il y soit fait mention d'une insuffisance ou carence législative. La Cour a considéré qu'elle n'était pas compétente pour effectuer elle-même la désignation du juge adéquat et qu'en conséquence elle ne pouvait qu'annuler les dispositions attaquées. Elle devait préciser, à l'intention du législateur évidemment – on peut voir là un « mode d'emploi » de l'arrêt –, que ces dispositions pourraient « être intégralement reprises, tant en ce qui concerne les méthodes qu'elles organisent qu'en ce qui concerne la confidentialité qui les entoure, pour autant que le législateur leur ajoute la désignation du juge, offrant toutes les garanties d'impartialité, auquel sera confié le contrôle de légalité »¹¹⁰.

Ces dispositions lacunaires, « incomplètes » devaient donc être annulées; toutefois, la Cour considère qu'il convient « d'en maintenir les effets pendant le temps nécessaire au législateur pour instaurer le contrôle décrit en B.29, ce délai prenant fin au plus tard le 31 décembre 2005 »¹¹¹. La Cour a, après avoir annulé purement et simplement dans le dispositif de son arrêt les dispositions en cause, sans faire aucune mention d'une lacune dans ce dispositif, donné ainsi au législateur un délai d'un an, son arrêt étant daté du

¹⁰⁸ C.A. n° 202/2004 du 21 décembre 2004, B.28.

¹⁰⁹ L'italique est des rapporteurs.

¹¹⁰ C.A. n° 202/2004 du 21 décembre 2004, B.29.

¹¹¹ C.A. n° 202/2004 du 21 décembre 2004, B. 30.3.

21 décembre 2004, pour procéder à la « réparation » de la loi attaquée¹¹².

Il n'en reste pas moins paradoxal que le sort donné au litige alléguant une lacune discriminatoire dont la Cour constate l'existence peut donner lieu à des dispositifs assez variés. Ainsi, dans le cas qui vient d'être mentionné, la Cour aurait pu annuler les dispositions en cause dans son dispositif en disant qu'elles les annulait en ce qu'elles ne comportaient pas un contrôle juridictionnel de leur mise en œuvre par un juge indépendant et impartial et, néanmoins, en maintenir les effets pendant un certain temps pour permettre au législateur de réagir, la lacune ainsi formulée n'étant pas *self sufficient*. Mais, dans ce cas, la réaction du législateur aurait-elle été aussi rapide et appropriée ? En effet, on l'a vu, selon nous, la lacune intrinsèque s'exprimant par la mention que telle mesure viole la Constitution « en ce qu'elle ne prévoit pas » ou « en ce qu'elle ne s'applique pas à », a en principe comme conséquence que la mesure elle-même n'est pas inconstitutionnelle en soi, et peut donc être appliquée pour ceux qui en bénéficient. Mais ce procédé ne doit-il pas être limité aux mesures qui accordent un avantage à certains citoyens, sans le faire à d'autres de manière injustifiée ? Ce n'est assurément pas le cas des méthodes particulières de recherche qui ne bénéficient qu'aux seules autorités.

Une autre manière de sanctionner la lacune consistant en ce que la norme ne bénéficie pas à d'autres, n'accorde pas l'avantage en cause à d'autres, est d'annuler purement et simplement la mesure en cause. Mais alors que devient la

¹¹² Cette loi de « réparation » est intervenue le 27 décembre 2005. Elle a fait aussi l'objet de recours en annulation aux termes desquels, par l'arrêt n° 105/2007 du 19 juillet 2007, le contrôle juridictionnel adopté par le législateur en exécution de l'arrêt de 2004 (un contrôle spécifique effectué par la cour d'appel) a été validé, sauf en ce que ce contrôle n'était pas susceptible d'un recours en cassation.

situation de ceux pour lesquels la mesure est justifiée ? Sont-ils, sauf éventuel maintien des effets en cas de recours en annulation, contraints d'attendre du législateur qu'il procède à une réfection de la norme, qu'il adopte à nouveau la norme en l'étendant à ceux qui en ont été privés indûment ?

56. Autre question. Lorsqu'une lacune discriminatoire a été constatée en ce que la norme attaquée n'impose des obligations qu'à une certaine catégorie de personnes comparables, la Cour doit-elle supprimer cette obligation - et remettre chacun sur un pied d'égalité - ou bien doit-elle, peut-elle valider la norme en cause et constater, par ailleurs, l'existence d'une discrimination non directement sanctionnée en ce qu'elle n'impose pas cette obligation aux personnes se trouvant dans une situation comparable ? Dans le premier cas, le législateur pourrait ne rien faire ou, au contraire, adopter, ce qui peut être difficile, une législation analogue pour toutes les personnes se trouvant dans une situation comparable. Dans le second cas, malgré le constat d'une discrimination, le législateur va-t-il s'estimer contraint d'adopter une obligation de même nature pour les personnes se trouvant dans une situation comparable ?

Et qu'en est-il des « discriminés » par une lacune si le législateur ne réagit pas ? Ainsi, dans l'arrêt n° 100/2007 du 12 juillet 2007¹¹³, la Cour constitutionnelle, au lieu de considérer la situation de l'architecte obligé de s'assurer et d'y voir une lacune dans la mesure où les autres acteurs du secteur de la construction ne sont pas tenus à semblable obligation, aurait pu prendre en considération l'ensemble du secteur de la construction et ne voir une discrimination que dans la mesure où les architectes seuls sont obligés de

¹¹³ Voy. *supra*, n° 22.

s'assurer. Dans cette hypothèse, c'est l'obligation faite à l'architecte qui aurait été annulée.

57. Peut-être, l'approche de la Cour constitutionnelle dépend-elle parfois de l'utilité sociale de l'une ou l'autre façon de considérer l'affaire qui lui est soumise et de l'invitation univoque faite au législateur que contient toute lacune isolée en tant que telle.

Ce n'est là qu'une de ces multiples d'interrogations dont nous avons parlé en tête de ce chapitre.

Informations pratiques sur la Cour constitutionnelle de Belgique

La Cour constitutionnelle de Belgique portait, jusqu'au 7 mai 2007, le nom de Cour d'arbitrage. Les arrêts, rendus jusqu'à cette date, sont donc des arrêts de la Cour d'arbitrage. De façon abrégée, ils sont renseignés par la mention « C.A. » que l'on aura découverte tout au long des notes de bas de page du rapport. Aujourd'hui, ils sont cités « C.C. ».

Les arrêts sont publiés dans leur intégralité dans le « Recueil des arrêts de la Cour d'arbitrage », devenu, depuis le changement de dénomination de la Cour, le « Recueil des arrêts de la Cour constitutionnelle ».

L'on peut également consulter *in extenso* tous les arrêts, en langue française, en langue néerlandaise et en langue allemande, sur le site internet de la Cour (www.courconstitutionnelle.be).

Le site contient des données relatives notamment au fonctionnement, à l'organisation et à la composition de la Cour constitutionnelle.

Depuis 2003, la Cour rédige, chaque année, un rapport qui reprend, classés par thème, les arrêts les plus marquants rendus au cours de la période sous revue. Ce rapport annuel est publié, en français et en néerlandais, aux Editions Vanden Broele à Bruges. Il est disponible, en version papier, auprès du siège de la Cour. Il peut aussi être consulté, dans son intégralité, sur le site internet de la Cour constitutionnelle cité ci-dessus.

Enfin, un « *mailing list* » permet, sur inscription, d'être tenu personnellement informé des différents arrêts de la Cour. Suite à l'inscription, tous les arrêts sont, peu après leur prononcé, systématiquement communiqués sous une forme abrégée reprenant l'intitulé de la norme contrôlée et les mots-clés de l'arrêt. Aucune rétribution n'est demandée, que ce soit pour la consultation du site ou pour le service « *mailing list* ».

Praktische informatie over het Grondwettelijk Hof van België

Het Grondwettelijk Hof van België droeg tot 7 mei 2007 de benaming Arbitragehof. De tot die datum gewezen arresten zijn dus arresten van het Arbitragehof. In het kort wordt daarnaar verwezen met de vermelding « C.A. », zo ook in de voetnoten van het verslag. Thans worden de arresten geciteerd met « C.C. » (« *A.GrwH* »).

De arresten worden integraal bekendgemaakt in de « Verzameling van de arresten van het Arbitragehof », die sinds de naamswijziging van het Hof de « Verzameling van de arresten van het Grondwettelijk Hof » is geworden.

Alle arresten kunnen eveneens *in extenso* in het Nederlands, het Frans en het Duits worden geraadpleegd op de internetsite van het Hof (www.grondwettelijkhof.be).

De site bevat gegevens over onder meer de werking, de organisatie en de samenstelling van het Grondwettelijk Hof.

Sinds 2003 stelt het Hof jaarlijks een verslag op met daarin, geklasseerd per thema, de opmerkelijkste arresten die in de

loop van de beschouwde periode zijn geweest. Dat jaarverslag wordt, in het Nederlands en het Frans, uitgegeven door Uitgeverij Vanden Broele te Brugge. Het is in papieren versie beschikbaar op de zetel van het Hof, maar kan ook integraal worden geraadpleegd op de hiervoor genoemde internetsite van het Grondwettelijk Hof.

Ten slotte kan worden ingeschreven op een « *mailing list* » om persoonlijk te worden ingelicht over de verschillende arresten van het Hof. Na de inschrijving worden alle arresten kort na de uitspraak stelselmatig meegedeeld in beknopte vorm, met het opschrift van de getoetste norm en de sleutelwoorden van het arrest. Noch voor de raadpleging van de site, noch voor de dienst « *mailing list* » wordt een vergoeding gevraagd.

Praktische Informationen über den belgischen Verfassungsgerichtshof

Der belgische Verfassungsgerichtshof trug bis zum 7. Mai 2007 den Namen „Schiedshof“. Die bis zu diesem Datum verkündeten Urteile sind also Urteile des Schiedshofes. Abgekürzt werden sie angegeben mit dem Vermerk „C.A.“ (Abkürzung der französischen Bezeichnung „Cour d'arbitrage“), der in den Fußnoten des Berichts verwendet wird. Nunmehr werden die Urteile mit dem Vermerk „C.C.“ („VerfGH“) zitiert.

Die Urteile werden ungekürzt in der Sammlung „Recueil des arrêts de la Cour d'arbitrage“ veröffentlicht, die seit der Namensänderung des Gerichtshofes „Recueil des arrêts de la Cour constitutionnelle“ heißt.

Auch können sämtliche Urteile *in extenso* in französischer, niederländischer und deutscher Sprache auf der Website des Gerichtshofes (www.verfassungsgerichtshof.be) konsultiert werden.

Die Website enthält unter anderem auch Informationen über die Arbeitsweise, die Organisation und die Zusammensetzung des Verfassungsgerichtshofes.

Seit 2003 veröffentlicht der Gerichtshof jedes Jahr einen Bericht, in dem – thematisch geordnet – die markantesten Urteile des betreffenden Zeitraums erfasst werden. Dieser Jahresbericht erscheint in französischer und niederländischer Sprache beim Verlag „Vanden Broele“ in Brügge. Er ist in der Papierversion am Sitz des Gerichtshofes erhältlich. Er kann auch auf der vorerwähnten Website des Verfassungsgerichtshofes ungekürzt konsultiert werden.

Schließlich ermöglicht es eine Mailingliste, nach Anmeldung persönlich über die Rechtsprechung des Gerichtshofes auf dem Laufenden gehalten zu werden. Nach erfolgter Anmeldung werden alle Urteile kurz nach der Urteilsverkündung systematisch in gekürzter Form unter Angabe der Überschrift der geprüften Rechtsnorm sowie der Stichworte des Urteils zur Kenntnis gebracht. Sowohl der Zugriff zur Website als auch die Inanspruchnahme der Mailingliste ist gebührenfrei.